العقــــود الإداريـــــة

دكتـــور
جابر جاد نصار
الأستاذ بكلية الحقوق - جامعة القاهرة
والمحامـــى بالنقض والإداريـة العليـــا

الطبعة الثانية

الناشر
دار النهضة العربية
٣٢ شارع عبد الخالق ثروت - القاهرة

الحمد لله
فاتحة كل خير وتمام كل نعمة

بسم الله الرحمن الرحيم

« سبحانك لا علم لنا إلا ما علمتنا
إنك أنت العليم الحكيم »

(سورة البقرة من الآية ٣٢)



إهـــداء

لم يكن من عادتى إهداء بعض ما اكتب ولكــــن الرغبة تملكتنى أثناء مراجعة هذه الطبعة لإهداء هذا المؤلف إلى مجلس الدولة المصرى مبنى ومعنى وقضـــاة عظاماً – السابق منهم واللاحق – الذين ابتدعوا نظريات القضاء الإدارى باقتدار فائق .

المؤلـــف

مقدمة الطبعة الثانية

تأتى الطبعة الثانية لمؤلفنا فى العقود الإدارية فى وقت تتزايد فيه أهمية هذه العقود بحسبانها وسيلة من وسائل الإدارة فى ممارسة أنشطتها واقتفاء حاجاتها . وهذه الطبعة كسابقتها تهتم بالمشكلات العملية فى إبرام العقود الإدارية وفى تنفيذها . مستهدية فى ذلك بالحلول التى يتبعها مجلس الدولة المصرى قضاءً وإفتاءً فى هذا الصدد . ولذلك فقد ابتعدت هذه الدراسة عن الخوض فى مشكلات نظرية أو الاستطراد فى مساجلات فقهية.

وإذ نقدم هذه الدراسة للمهتمين والدارسين فى هذا المجال فإننا ندعو الله أن تحوز قبولهم ويجدوا فيها ما يرضيهم .

والله ولى التوفيق ،،،

المؤلف

مقدمة الطبعة الأولى

من المسلم أن العقد سواء أكان مدنياً أم إدارياً يتكون بتوافق إرادتين بقصد إحداث أثر قانونى معين . على أنه إذا كان أطراف العقد المدنى يتمتعون بحرية كبيرة فى التعبير عن إرادتهم فى تحديد مضمون العقد ووسائل تنفيذه – كقاعدة عامة – فإن الأمر يختلف كثيراً بالنسبة للعقد الإدارى باعتبار أن الإدارة تعتبر طرفاً فيه تبرمه باعتبارها شخصاً من أشخاص القانون العام مستخدمة فى ذلك أساليب السلطة العامة وتهدف من ورائه إدارة مرفق عام أو تسييره . ومن ثم فإن المشرع حدد نظاماً معيناً للعقد الإدارى يحكمه فى مراحله المختلفة بدءاً من ضرورة رصد الاعتمادات المالية، ثم قواعد إبرامه ، وبعد ذلك كيفية تنفيذه وتحديد آثاره .

والعقد الإدارى يمثل إلى جوار القرار الإدارى أسلوباً لممارسة الإدارة لنشاطها . فالإدارة تستطيع أن تصدر بإرادتها المنفردة قرارات إدارية ملزمة للأفراد . ويعد القرار الإدارى أهم الأساليب التى تلجأ إليها الإدارة لممارسة نشاطها وذلك لسهولته ، وبساطه إجراءاته ، وسرعته فى تحقيق رغبات الإدارة .

«على أن ذلك لا ينفى أهمية العقد فى مجال القانون العام .فالإدارة لا تستطيع أن تتصرف فى أموال الأفراد أو أن تستعين بخدماتهم رغماً عنهم دائماً وبصورة مطلقة ..»[1] .

وعلى ذلك فإن العقد الإدارى يعد أسلوباً من أساليب ممارسة الإدارة

---

(١) ثروت بدوى : النظرية العامة فى العقود الإدارية – دار النهضة العربية – ص٦ .

لنشـــاطها . ولاشك أن هذه الأهمية سوف تزداد كثيراً مع اتجاه الدولة نحو سياسة الاقتصاد الحر وانحسار الأفكار الاشتراكية والاتجاه نحو حصر نشاط القطاع العام فى مجالات ضيقة ومحدودة .

«فالانتقال من اقتصاد التخطيط إلى اقتصاد السوق سيؤدى إلى زيادة وأهمية العقود التى تبرمها الإدارة سواء أكانت إدارية أم مدنية أم تجارية ، لأن اقتصاد السوق قائم على التخلى عن الأوامر وأساليب القهر ..»(١).

وإذا كانـــت للعقود الإدارية هذه الأهمية بحسبانها أسلوباً لممارسة الإدارة لنشاطها المتعدد الأوجه . فإن دراسة العقود الإدارية تثير العديد من المســـائل الـــتى تـــتعلق بـــتحديد العقـــود الإدارية وبيان نشأتها وإخضاع منازعاتها لقضاء إدارى متخصص يختلف عن القضاء العادى ويطبق قواعد مخـــتلفة عـــن قواعد القانون المدنى وهى قواعد القانون الإدارى . كما أن عملـــية تكويـــن هـــذه العقود تصبح أكثر أهمية . وذلك لأنه بقدر استقامة طريقة تكوين العقد وسلامتها فإنه يستطيع أن يحقق أهدافه والتى تصب فى النهاية فى روافد المصلحة العامة .

ولأهمية عملية تكوين العقد الإدارى فإن القوانين المعنية فى الدولة تـــنظم هـــذه العملية بدءاً من الإجراءات التمهيدية اللازمة قبل التعاقد مثل الاذن المـــالى أو الموافقـــات السابقة وغير ذلك .. مروراً بأساليب التعاقد الإدارى كالمناقصـــة والمـــزايدة بأنواعهـــا المخـــتلفة والممارسة والاتفاق المباشـــر وغـــير ذلـــك مـــن النظم التى قد ينص عليها القانون . وانتهاء بالتصديق على العقد واعتماده ودخوله فى طور التنفيذ .

---

(١) سعاد الشرقاوى : العقود الإدارية – ١٩٩٥ – دار النهضة العربية ص٢٩٤ .

بـل إن أهمـية تكوين العقد الإدارى تجاوزت القوانين المحلية فى الـدول المخـتلفة إلى اهتمام الأمم المتحدة بهذه العملية فقد أصدرت لجنة الأمـم المتحدة للقانون التجارى الدولى ما يعرف باسم « القانون النموذجى لإشتراء السلع والإنشاءات » ويسمى أيضاً بقانون اليونسترال (١) .

وفـى العقود الكبرى – وأغلب العقود الإدارية عقود كبيرة – يصل الأمر إلى حد الإحالة إلى صيغ معروفة ومدروسة بواسطة فنيين ومهندسين وإقتصـاديين ، ولا تكفى فقط الخبرة القانونية ولعل أهم مثال على ذلك عقد الفـيديك FIDIC وهـو صـيغة أعدهـا الاتحـاد الدولـى للمهندسـين الاستشاريين »(٢).

Fédération internationale des ingenieurs Conseils

وممـا سبق يتضح أهمية عملية تكوين العقود الإدارية وما تتطلبه مـن حسـن إبرام العقد وضرورة اختيار المتعاقد مع الإدارة اختياراً سليماً حـتى تتجنب الإدارة إهدار إعتماداتها المالية ، وتعطيل أعمالها ، ودخولها فى منازعات قد تستمر فترات طويلة .

وهـو أمر يبرر عنايتنا بدراسة هذه الأساليب تفصيلاً من خلال هذا المؤلف .

ثـم تـأتى بعد ذلك مرحلة تنفيذ العقد الإدارى وما يترتب عليه من

---

(١) نحـن نفضـل فى الحقيقة تسميته مشروع القانون النموذجى .. أو مشروع قانون اليونسـترال . إلا أن وثـائق إصدار القانون وما يأخذ به الفقه القانونى ولا سيما أساتذة القانون التجارى والقانونى الدولى الخاص هو تسميته بالقانون ولاعتبارات عملية التزمنا بذلك.

(٢) سعاد الشرقاوى – المرجع السابق ص٢٨٨ .

آثار تتعلق بحقوق المتعاقد مع الإدارة وسلطات الإدارة تجاه هذا المتعاقد . وفى هذا وتلك يتجلى الخلاف بين نظرية العقود الإدارية ومثيلتها فى محيط القانون المدنى . ففى حين يخضع العقد المدنى فى تنفيذه لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، وضرورة احترام ما اتفق عليه الأطراف فإن الأمر فى إطار العقود الإدارية يختلف كثيراً فارتباط هذه العقود بفكرة المرفق العام وضرورة انتظامه يخضع هذه العقود لنظام قانونى مختلف ، يخول جهة الإدارة المتعاقدة سلطات أوسع تجاه المتعاقد معها . وفى المقابل يرتب لهذا المتعاقد كثير من الحقوق حتى يتوازن بها العقد ولا يصبح مغرماً له فى كل الأحوال .

وترتيباً على ما سبق فسوف تكون دراستنا للعقود الإدارية وفقا لما يلى :

الباب الأول : العقود الإدارية فى فرنسا ومصر .. النشأة والمفهوم .

الباب الثانى : إبرام العقود الإدارية .

الباب الثالث : التحكيم وتأثيراته على العقد الإدارى .

الباب الرابع : آثار العقود الإدارية .

الباب الخامس: انتهاء العقود الإدارية .

الباب الأول

العقود الإدارية فى فرنسا ومصر

النشأة والمفهوم

الفصل الأول

نشأة العقود الإدارية فى فرنسا ومصر

المبحث الأول

نشأة العقود الإدارية فى فرنسا

مـــن المسلم أن اختصاص القضاء الإدارى بنظر المنازعات الإدارية فـــى فرنســـا قد نشأ فى بداياته الأولى مقترناً بظروف تاريخية واكبت قيام الـــثورة الفرنسية وأدت إلى الأخذ بتفسير خاص لمبدأ الفصل بين السلطات من مقتضاه إخراج المنازعات الإدارية عن اختصاص المحاكم العادية حماية للإدارة من تدخل هذه المحاكم . وانتهى الأمر بإنشاء مجلس الدولة ليختص بالنظر فى المنازعات الإدارية .

وفـــى إطـــار تحديد اختصاص القضاء الإدارى فى بداية الأمر ساد المعـــيار الشـــكلى والذى يحدد اختصاص هذا القضاء بنظر المنازعات التى تكون جهة الإدارة طرفاً فيها أياً كان موضوعها .

على أن هذا الأمر لم يكن ليستمر طويلاً . فقد اتضح أنه يؤدى إلى اختصـــاص القضـــاء الإدارى بكافة المنازعات التى تكون الإدارة طرفاً فيها علـــى الـــرغم من أن بعض هذه المنازعات يجب خضوعها للقضاء العادى نظـــراً لغـــياب عنصـــر السلطة فيها . ولذلك كان من المحتم أن يلجأ الفقه والقضـــاء إلـــى معيار جديد لتحديد اختصاص القضاء الإدارى . ووفقاً لهذا المعـــيار وســـداه كـــان اختصـــاص هذا القضاء بالنظر فى منازعات العقود الإدارية وذلك على الوجه التالى :

المطلب الأول

التمييز بين أعمال السلطة وأعمال الإدارة العادية وظهور فكرة العقود الإدارية بتحديد القانون

قام هذا المعيار على فكرة بسيطة تفرق فى نطاق أعمال الإدارة بين نوعين من الأعمال: التصرفات التى تستخدم فيها جهة الإدارة سلطاتها وبمقتضاها تستطيع أن تأمر وأن تنهى والثانية هى تلك التصرفات العادية التى تنزل فيها الإدارة منزلة الأفراد وتتعامل معهم بذات الأسلوب الذى يتعاملون به فيما بينهم .

وترتب على الأخذ بهذا المعيار أن العقود الإدارية جميعها تعتبر من أعمال الإدارة العادية ذلك أن هذه العقود لا تتضمن من مظاهر السلطة شئ. على أنه لا يخفى ما ترتب على هذا المعيار من نتائج شاذة أدت إلى استبعاد العقود الإدارية من نطاق اختصاص القضاء الإدارى . وهو ما أدى بالمشرع الفرنسى للتدخل وإصباغ الصفة الإدارية لبعض العقود التى تبرمها جهة الإدارة ومن أمثلة ذلك قانون ٢٨ بليفيوز السنة الثامنة الذى جعل من اختصاص مجالس الأقاليم النظر فى المنازعات المتعلقة بعقود الأشغال العامة وعقود بيع أملاك الدولة . وقانون ١٧ يوليو سنة ١٧٨٠ و ٢٦ سبتمبر سنة ١٧٩٣ الخاص بعقد القرض العام الذى تبرمه الدولة والمرسوم بقانون الصادر فى ١٧ يونيو سنة ١٩٣٨ الخاص بالعقود التى تتضمن شغلا للدومين العام .. وعلى ذلك فإن هذه العقود اكتسبت الصفة الإدارية بتحديد القانون .

وقد عمل مجلس الدولة الفرنسى – فى إطار توسيع اختصاصاته –

وتحجيماً للآثار التى ترتبت على الأخذ بمعيار التفرقة بين أعمال السلطة وأعمال الإدارة العادية إلى مد اختصاصه بالنظر فى منازعات عقود أخرى لم تشملها النصوص السابقة وذلك عن طريق القياس أو التوسع فى التفسير . فأدخل فى نطاق عقود طلب المعاونة أو عقود تقديم خدمات قبل تلك التى تتعلق بالإضاءة أو النظافة باعتبار أنها تتضمن عنصر من عناصر عقد الأشغال(١).

المطلب الثانى

ظهور معيار المرفق العام

ظهرت فكرة المرفق العام ابتداء كمعيار لتحديد اختصاص القضاء الإدارى فى حكم روتشيلد الصادر فى ٦ ديسمبر سنة ١٨٥٥ فى مجال المسئولية الإدارية غير التعاقدية . وما لبث أن تلقفها الفقه والقضاء وأراد لها أن تكون معياراً يحدد اختصاص القضاء الإدارى وأساساً يبرر وجود قضاء إدارى متخصص فى نظر المنازعات الإدارية .

وفى مطلع القرن العشرين وبصدور حكمTerrier والذى خلص فيه إلى أن اختصاص القضاء الإدارى إنما يدور وجوداً وعدماً مع كل ما يتعلق بتنظيم وتسيير المرفق العام أياً كان نوعه وأياً كانت الوسيلة التى تستخدمها الإدارة فى ذلك وبصرف النظر عن كونها عملاً من أعمال السلطة أو عملاً من أعمال الإدارة العادية .

ووفقاً لهذا المعيار كانت العقود الإدارية من اختصاص القضاء

---

(١) ثروت بدوى – النظرية العامة للعقود الإدارية – المرجع السابق – ص١٢٨ .
سليمان محمد الطماوى – الأسس العامة – ص٣٣ .

الإدارى وفقـاً لهـذا الحكم . على أن اتصال العقد بنشاط مرفق عام لم يكن وحـده العامل الحاسم فى تحديد اختصاص القضاء الإدارى بنظر المنازعات الـتى تـثور حوله وإنما ذهب المفوض روميو فى تقريره - سابق الإشارة إلـيه - إلى أنه يجب أن تلجأ الإدارة فى إبرام عقودها إلى أساليب القانون العـام أى تـتعاقد بوصـفها سلطة عامة ، فإن هى فضلت أن تنزل منزلة الأفراد وتتعاقد بأسلوبهم فإن العقد يكون مدنياً ولا يجديها فى إصباغ الصفة الإداريـة علـيه مجرد اتصاله بنشاط مرفق عام . وهو ما سوف نعود إليه بشئ من التفصيل عند الحديث عن المعيار المميز للعقد الإدارى .

المبحث الثانى
نشأة العقود الإدارية فى مصر

المطلب الأول
مرحلة القضاء الموحد

ما من شك فى أن فكرة العقود الإدارية وتطورها فى النظام القانونى الفرنسـى إنمـا نشـأت فـى كنف الازدواج القضائى وإنشاء قضاء إدارى يختص بنظر المنازعات الإدارية ومنها العقود الإدارية . إذ أن هذا القضاء هـو الـذى دأب على العمل على تطبيق قواعد خاصة مختلفة عن تلك التى تطـبق أمـام المحـاكم العادية وهو ما ساهم بقدر كبير فى إنشاء القانون الإدارى الـذى يعد بطبيعته قانون قضائى . وهو الأمر الذى ينصرف بدوره على نظرية العقود الإدارية .

وعلـى ذلـك فـإن القضاء المصرى قبل إنشاء مجلس الدولة سنة

١٩٤٦ لـم يكن يعرف القواعد الإدارية التى تطبق على العقود الإدارية فى القضـاء الإدارى الفرنسى . وكان يطبق على عقود الإدارة القواعد الخاصة الـتى تـنظمها على فرض وجودها . فإن لم يكن ثمة قواعد من هذا النوع فإنـه يطبق عليها قواعد القانون المدنى . فعلى خلاف القاضى الإدارى فإن القاضـى المدنـى يقـنع دائماً بدوره فى تطبيق القانون دون المساهمة فى خلقه وابتداعه عند غياب النص التشريعى .

ومـن أهم الأمثلة التى يضربها الفقه تأييداً لذلك هو رفض القضاء العـادى تطبيق نظرية الظروف الطارئة والتى أقرها مجلس الدولة الفرنسى مـن قـبل ففى حكمها بتاريخ ٣١ مارس ١٩٢٤ أنكرت محكمة الاستئناف المخـتلطة علـى شركة مياه الإسكندرية حقها فى طلب زيادة المقابل الذى تتقاضـاه من المشتركين بسبب ارتفاع التكاليف ارتفاعاً كبيراً . وقررت أن السبيل الوحيد أمام الشركة هو الاتفاق الودى مع الإدارة وأن ليس للقضاء أن يعـتدى على حق الإدارة فى هذا الخصوص لأن اختصاصه يقتصر على تفسـير الاتفاقـيات المـبرمة بقصـد العمل على احترامها دون تعديل فى شروطها[1] .

وهو ما أكدته محكمة الإسكندرية المختلطة بقضاء لاحق فى ٦ مايو ١٩٢٦ مقـررة أن «القـانون المصرى يجهل نظرية الظروف الطارئة وأن مهمة المحاكم تنحصر فى تفسير العقود والعمل على احترام الاتفاقيات التى تعقد وأن هذه المبادئ تسرى على الامتيازات التى تبرمها الإدارة ...»[2].

ومضـت المحاكم الأهلية على ذات الدرب والتزمت ما سبق وقررته

---

(١) مجموعة التشريع والقضاء المختلفة – السنة ٣٦ ص٢٨١ .

(٢) الجازيت – السنة ١٦ – ص٢٥٥ .

المحـــاكم المختلطة وعندما أرادت محكمة الاستئناف تلمس العدالة وتطبيق نظـــرية الظروف الطارئة اهتداء بما قرره القضاء الإدارى فى فرنسا وقفت لها محكمة النقض بالمرصاد وألغت قضاءها فى ذلك .

فقـــد تعلـــق الأمـــر بمتعاقد مع الإدارة على توريد كمية كبيرة من الشـــعير فى وقت كانت الحكومة تفرض تسعيرة محددة للشعير فما إن شرع المـــتعهد بـــتوريد ما اتفق عليه حتى ألغت الحكومة التسعيرة فارتفع سعر الشـــعير بصـــورة كبـــيرة فتوقف عن تنفيذ التزاماته فاشترت الإدارة على حسابه ورفعت دعوى أمام محكمة أول درجة لتطالبه بفرق الثمن فدفع ذلك بالظـــروف الطارئـــة . فرفضـــت المحكمة دفعه ولما رفع الأمر إلى محكمة الاستئناف ألغت الحكم المستأنف مقررة «انفساخ الالتزام بالظروف الطارئة التى لم يكن يتوقعها العاقدان والتى تجعل التنفيذ مرهقاً للمدين» .

وعـــندما اتصـــلت محكمة النقض بالدعوى أصدرت حكمها فى ١٤ يناير سنة ١٩٣٢ فألغت حكم محكمة الاستئناف لأنه أخطأ فى تأويل القانون بـــتقريره المســـاواة بيـــن الظرف الطارئ الذى يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً للملـــتزم وبيـــن الحادث الجبرى الذى يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً استحالة مطلقـــة» . وقـــررت أنه «ومن حيث إنه وإن كانت نظرية الظروف الطارئة تقـــوم على أساس العدل والعفو والإحسان إلا أنه لا يصح لهذه المحكمة أن تســـتبق الشـــارع إلـــى ابتداعها فيكون عليها هى وضعها وتبيان الظروف الواجب تطبيقها فيها ..»[١].

وعلـــى الرغم من مجافاة هذا القضاء لمنطق العدل وضرورة النظر إلـــى مـــنازعات العقود الإدارية نظرة مختلفة تستدعى تطبيق قواعد خاصة

---

(١) المجموعة – حكم رقم ١١٠ – ص٢١٠ .

ومغايـــرة لتلك التى ينتظمها القانون على هذه المنازعات . فإن هذا الاتجاه القضـــائى قد ظل ثابتاً ولم يغير فيه اتجاه بعض أحكام القضاء التى أعلنت عـــدم رضاها عن ذلك ومنها حكم محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٠ يناير ١٩٣٣ والـــتى قررت فيه «أنه فى حالة عدم وجود تشريعات خاصة لتنظيم العقود الإدارية فإنه على المحاكم عند التصدى للمنازعات المتولدة عن تلك العقـــود أن تراعى المبادئ الخاصة بالعقود الإدارية والتى يمكن استمدادها من المبادئ العامة التى يقوم عليها القانون الإدارى ذلك القانون الذى يوجد حتماً فى كل دولة متحضرة»[1].

واســـتمر الحـــال كذلك حتى صدر القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالـــتزام المرافق العامة . ومن قبله أنشأ المشرع القضاء الإدارى بالقانون رقـــم ١١٢ لســـنة ١٩٤٦ وبـــدأت رحلة القضاء الإدارى بنظر المنازعات الإداريـــة تتسع رويداً حتى بلغت مداها بصدور دستور ١١ سبتمبر ١٩٧١ ومـــن بعـــده قـــانون مجلس الدولة رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٢ ليصبح المجلس صاحب الولاية العامة بنظر المنازعات الإدارية .

المطلب الثانى

مراحل اختصاص مجلس الدولة بنظر منازعات العقود الإدارية

أ - القـــانون رقـــم ١١٢ لســـنة ١٩٤٦ واســـتمرار خضـــوع العقـــود الإداريـــة للقضـــاء العادى :

كـــان طبيعياً عند إنشاء محكمة القضاء الإدارى لأول مرة فى مصر بالقـــانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ أن يأتى اختصاصها على سبيل الحصر .

---

(١) مجموعة التشريع والقضاء المختلطة - السنة ٤٥ - ص١١٤ .

ولـم يرد فيه أية إشارة تتعلق بالعقود وظلت المحاكم العادية هى المختصة بمنازعات العقود الإدارية حتى صدر القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ .

ب - القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩واختصاص القضاء الإدارى بنظر بعض منازعات العقود الإدارية :

نصت المـادة الخامسة من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ على أن «تفصل محكمة القضاء الإدارى فى المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة وعقود التوريد الإدارية التى تنشأ بين الحكومة والطرف الآخر فى العقد .

ويترتب على رفع الدعوى فى هذه الحالة أمام المحكمة المذكورة عدم جواز رفعها إلى المحاكم العادية . كما يترتب على رفعها إلى المحاكم العادية عدم جواز رفعها أمام محكمة القضاء الإدارى ... » .

وقد كان هذا التنظيم محل انتقاد فى الفقه من نواح ثلاث :

فمن ناحية أولى : أنه حدد اختصاص القضاء الإدارى بمنازعات بعض العقـود الإدارية وهى عقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد الإدارية وإذا كانت هـذه العقـود الثلاثة تعتبر أهم أنواع العقود الإدارية وأكثر العقود الإدارية تطبيقاً فى الواقع العملى إلا أنها ليست كل العقود بطبيعة الحال .

ومن ناحية ثانية : من الناحية الموضوعية فإنه فى نطاق اختصاص القضاء الإدارى بهذه العقود اقتصر على المنازعات التى تنشأ بين الحكومة والمتعاقد معها . أما غيرها من المنازعات فإنها تكون من اختصاص المحاكم العادية .

ومن ناحية ثالثة : فإن اختصاص القضاء الإدارى بنظر هذه

المــنازعات لم يكن خالصاً له وحده دون سواه وإنما كان شركة بينه وبين القضــاء العادى ، ويترتب على رفع الدعوى أمام إحدى الجهتين عدم جواز رفعهـا أمـام الجهــة الأخرى وهو ما كان يمثل - بلا جدال - شذوذاً فى التنظـيم القـانونى يتعارض مع فكرة وجود قضاء إدارى مستقل بنظر هذه المنازعات وهو الأمر الذى تغير بصدور القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ .

ج - اختصاص القضاء الإدارى بنظر منازعات العقود الإدارية فى ظل القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ :

نصت المادة العاشرة من هذا القانون على أن «يفصل مجلس الدولة بهيـئة قضـاء إدارى دون غـيره فـى المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو بأى عقد إدارى آخر» .

وبهـذا النص أصبح مجلس الدولة صاحب الاختصاص الوحيد بنظر المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية . وهو الأمر الذى أطلق يد هذا القضاء فـى ابـتداع وتطبيق قواعد القانون الإدارى على منازعات العقود الإدارية وهـى قواعـد تخـتلف عن قواعد القانون المدنى التى تطبق على العقود المدنـية . وكـان فى ذلك يستهدى فى قضائه باتجاهات مجلس الدولة الفرنسى واعتبارات العدالة.

على أنه لما كانت الإدارة لا تبرم فى كل الأحوال عقوداً إدارية وإنما قـد تخـتار أن تلجأ إلى أسلوب القانون الخاص حين تجده ملائماً للمصلحة العامـة أكثر من غيره وتبرم حينذاك عقوداً مدنية تخضع للقانون المدنى . ظلـت الحاجـة دائماً إلى تحديد المعيار المميز للعقد الإدارى وهو ما سوف نبينه فى المطلب الثانى .

الفصل الثانى

بين عقود الإدارة المدنية وعقودها الإدارية
والبحث عن معيار يميز بينهما

تبرم الإدارة نوعين من العقود ، عقود مدنية وعقود إدارية ، وهذه وتلــك ليســت سواء فكلاهما يخضع لنظام قانونى وقضائى مختلف فالعقود المدنــية الــتى تــبرمها الإدارة تخضع للقضاء العادى ويطبق عليها أحكام القــانون المدنى . أما العقود الإدارية فإنها تخضع للقضاء الإدارى ويطبق عليها أحكام القانون الإدارى .

وترتيــباً على ذلك يلزم ضرورة وجود معيار يحدد متى يكون العقد إداريــاً ومتى يكون مدنياً . ولم يكن الاتفاق على هذا المعيار بالأمر السهل فلقد قطع الفقه والقضاء مراحل حتى إستقر على هذا المعيار وهو ما سوف نرصده بمزيد من التفصيل على الوجه التالى :

المبحث الأول

تطور المعيار المميز للعقد الإدارى

يترتب على التمييز فى نطاق العقود التى تبرمها الإدارة بين العقود الإدارية والعقود المدنية نتائج هامة تتعلق بالنظام القانونى الذى يخضع له العقد . فضلا عن تحديد الجهة التى تختص بالنشر فى المنازعات التى تنشأ عنه .

فثــبوت الصــفة الإداريــة للعقــد الــذى تبرمه الإدارة يؤدى إلى اختصــاص القضــاء الإدارى بالــنظر فى منازعاته ، ويطبق عليها قواعد

القانون الإدارى ، وذلك على خلاف عقود الإدارة المدنية التى لا تختلف عن عقـود الأفـراد العاديين من حيث خضوعها للقضاء العادى وانطباق قواعد القانون المدنى عليها .

ولقـد تباينـت آراء الفقه واختلفت معها أحكام القضاء عند تحديد المعـيار المميـز للعقد الإدارى فثمت آراء فضلت الاستناد إلى معيار شكلى وأخـرى انحـازت للمعـيار الموضوعى فى تمييز العقد الإدارى . على أن التطور قد بلغ مداه باستقرار الفقه والقضاء الإدارى سواء فى مصر أو فى فرنسـا على معيار محدد لتمييز العقود الإدارية يجمع بين عناصر متعددة . علـى أنـه قـبل بـيان عناصر هذا المعيار تجدر الاشارة إلى فكرة العقود الإدارية بتحديد القانون . والتى نشأت فى فرنسا .

العقود الإدارية بتحديد القانون ومعيار تمييز العقود الإدارية :

ترتـب على الأخذ بمعيار التفرقة بين أعمال السلطة وأعمال الإدارة العاديـة لـتحديد اختصـاص القضاء الإدارى فى فرنسا أن اعتبرت العقود الإداريـة مـن اختصاص القضاء العادى . ونظراً لشذوذ هذه النتيجة تدخل المشـرع الفرنسى للنص على اختصاص القضاء الإدارى بنظر المنازعات الـتى تـتعلق بعقود معينة . مثل عقد الأشغال وعقد الالتزام وعقد القرض العـام . وهـى ما عرفت فى نطاق تحديد اختصاص القضاء الإدارى بفكرة العقود الإدارية بتحديد القانون .

ومـع العدول عن هذا المعيار أصبح اتجاه المشرع فى ذلك غير ذى جـدوى ذلـك أنـه بداءة كان يتناقض مع عمل المشرع . فالأصل أن هذا التحديد ليس من عمل المشرع .

ولا تخفـى عـيوب فكرة العقود الإدارية بتحديد القانون فى تحديد

اختصـــاص القضـــاء الإدارى ، الـــذى يجـــب أن يرتبط بمدى توافر الصفة الإدارية لهذه العقود . والأمر لا يخرج عن فروض ثلاثة :

الفـرض الأول : أن تكـــون العقود التى حددها المشرع عقودا إدارية بطبيعـــتها مـــثل عقد الاشغال العامة وعقد الالتزام وفى هذه الحالة فإن هذه العقـــود وفقا لطبيعتها وخصائصها الذاتية فى كل الأحوال عقوداً إدارية مما يخـــتص بالمـــنازعات الـــتى تـــدور حولها القضاء الإدارى . ويكون تحديد المشرع والحال كذلك تحصيل حاصل وذكر لمفهوم .

الفـرض الـثانى : وذلـــك حيث تكون هذه العقود غير إدارية بطبيعتها وإنمـــا يمكـــن لهـــا أن تكون كذلك فى بعض الأحيان حين تنبئ خصائصها الذاتـــية ذلـــك . أو تكون عقوداً مدنية فى أحوال أخرى . ومثال ذلك عقود الـــتوريد . وفى هذه الحالة يكون تحديد المشرع لهذا العقد واعتباره إدارى فى كل الأحوال غير قائم على أساس سليم .

الفـرض الـثالث : أن يكون هذا العقد فى كل أحواله عقداً مدنيا ، حتى ولـــو كانـــت الإدارة طرفاً فيه مثل عقود بيع أملاك الدولة الخاصة . ويكون اختصاص القضاء الإدارى به على خلاف حقيقة العقد وطبيعته .

وعلـــى النقيض مما جرى فى فرنسا ، فإن القوانين المتعاقبة التى حـــددت اختصاص القضاء الإدارى فى مصر لم تأخذ بفكرة «العقود الإدارية بـــتحديد القانون» . وهى منذ القانون ٩ لسنة ١٩٤٩ تربط بين اختصاص هـــذا القضاء وتوافر الصفة الإدارية لهذه العقود . فقد نصت المادة ٥ من هـــذا القضاء على أن «تفصل محكمة القضاء الإدارى فى المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة وعقود التوريد الإدارية .. » .

ومـــن الملاحـــظ هـــنا أن عقود الالتزام والأشغال العامة هى إدارية

بطبيعـــتها ومـــن ثـــم فإن الحاق الصفة الإدارية بها يعتبر تزيداً لا يجوز . والأمـــر يخـــتلف عند ذكر عقود التوريد إذ أنها قد تكون إدارية وقد تكون مدنية ، ومن ثم فإن اختصاص القضاء الإدارى لا يثبت إلا لعقد التوريد الإدارى .

وهو الاتجاه الذى حرص أن يتبعه المشرع فى سائر القوانين التالية والـــتى حددت اختصاص القضاء الإدارى فى مصر . بداية من القانون رقم ١٦٥ لســـنة ١٩٥٥ حـــتى القانون الحالى رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٢ . والذى نص فى المادة العاشرة منه فى الفقرة ١١ على أن « يفصل مجلس الدولة بجهـــة قضاء إدارى .....» ١١ – فى المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأى عقد إدارى آخر» .

وعلـــى ذلـــك تـــأتى أهمية الاستقرار على معيار معين للتمييز بين العقود الإدارية والعقود المدنية .

المبحث الثانى

عناصر المعيار المميز للعقد الإدارى

يكاد الفقه والقضاء الإدارى يجمع على إصباغ الصفة الإدارية على العقـــد إذا كانت الإدارة طرفا فيه واتصل بنشاط مرفق عام وتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة فى نطاق القانون الخاص[1] .

---

(١) فـــى ذلك راجع : ثروت بدوى : المعيار المميز للعقد الإدارى – مجلة إدارة قضايا الحكومـــة يـــناير – مارس ١٩٥٩ ص١٢٩ ، جمال اللبان : المعيار المميز للعقد الإدارى – مجلة إدارة قضايا الحكومة السنة الثامنة العدد الثالث يوليو – سبتمبر ١٩٦٤ ص٦٠ . عمـــر حلمى : معيار تمييز العقد الادارى – دار النهضة العربية ١٩٩٣ . جورجى شفيق سارى : تطور طريقة تمييز وتحديد العقد الإدارى – ١٩٩٦ .

وهـو الأمـر الذى استقرت عليه أحكام القضاء الإدارى منذ بواكير أحكامهـا . ففى حكمها بتاريخ ١٩٥٧/٦/٢ ذهبت محكمة القضاء الإدارى إلى أن «قضاء هذه المحكمة قد استقر على أن العقد الإدارى هو العقد الذى يـبرمه شخص معنوى من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره ، وأن يظهر نيته فى هذا العقد بالأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامـه ، وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص»[1] .

وفـى حكمها بتاريخ ١٩٥٦/١٢/١٣ ذهبت إلى أن «... العقد الذى يـبرمه شخص معنوى من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسـبة تسييره وأن يظهر نيته فى هذا العقد بالأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامـه وذلـك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص إلا أنه لما كان من المقرر جواز إبرام عقود بين هيئة إدارية وأفراد أو بيـن هيئتيـن إداريتيـن دون أن يعتبر العقد إدارياً لأن إبرام العقد بين شخص معنوى عام وبين أحد الأفراد أو شخص معنوى عام آخر لا يستلزم بذاتـه أن يكـون العقـد إدارياً كما أن علاقة العقد بالمرفق العام إذا كانت ضـرورية لكـى يعتـبر العقد إدارياً فإنها ليست مع ذلك كافية لمنحه هذه الصـفة اعتـباراً بـأن قواعد القانون العام ليست ذات علاقة حتمية بفكرة المرفق العام إذ أنه مع اتصال العقد بالمرفق العام فإن الإدارة قد لا تلجأ فى إبـرامه إلى أسلوب القانون العام لما تراه من مصلحتها فى العدول عن ذلك إلـى أسلوب القانون الخاص فتتبع فى شأنه ما يتبعه الأفراد فى تصرفاتهم الخاصـة ومـن ثم فإن المعيار المميز للعقود الإدارية عما عداها من عقود

---

(١) محكمة القضاء الإدارى بتاريخ ١٩٥٧/٦/٢ م١١ ص٤٩٣ .

الأفــراد وعقود القانون الخاص التى تبرمها الإدارة ليس هو صفة المتعاقد بــل موضــوع العقــد نفسه متى اتصل بالمرفق العام على أية صورة من الصور سواء أكانت من حيث تنظيم المرفق العام أو استغلاله أو تسييره أو المعاونــة والمســاهمة فــى ذلك أو استخدام المرفق ذاته عن طريق العقد مشتركاً فى ذلك وعلى درجة متساوية مع الشروط الاستثنائية غير المألوفة المضمنة فى العقد»[١] .

وهــو الاتجاه الذى أكدته المحكمة الإدارية العليا منذ إنشائها وحتى الآن[٢] ففــى حكم لها بتاريخ ١٩٨٧/٢/٢١ «أن العقد يعتبر إداريا إذا كان

---

(١) حكــم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ٢٢٢ لسنة ١٠ ق جلسة ١٢/١٣/ ١٩٥٦ المجموعة ١٠- ص١٨٥٥، وأيضاً حكمها فى الدعوى رقم ١٣ لسنة ٤ ق جلســة ١٩٥١/١٢/١٦ والدعــوى رقم ١٩٣ لسنة ٤ق جلسة ١٩٦٠/١١/١٣ وحكمها فى الدعوى رقم ١٨٩٤ لسنة ١٠ق جلسة ١٩٥٧/٣/١٠ . وفى الدعوى رقــم ١٠٥ لسنة ١١ق جلسة ١٩٦١/٦/٤ وفى الدعوى رقم ٣١٠٩ لسنة ٣٨ق جلسة ١٩٨٦/٦/٢ وفى الدعوى رقم ١٤٦ لسنة ٦ق جلسة ١٩٥٦/٣/١١ .

(٢) راجــع أحكامهــا فى الطعن رقم ١٨٨٩ لسنة ٦ق . جلسة ١٩٦٢/٣/٣١ ، س٧ ص٥٢٧ ، وفى الطعن رقم ١٩٦٥ لسنة ٦ق جلسة ١٩٦٢/٥/٣١ س٧ ص٥٣٥، وفى الطعن رقم ١٠٥٩ لسنة ٧ق جلسة ١٩٦٣/٥/٢٥ . وفى الطعن رقم ١٥٥٨ لســنة ٧ق جلســة ١٩٦٤/٣/٧ س٩ ص٧٦٣ والطعن رقم ١٠٠٤ لسنة ١٢ق جلسة ١٩٦٨/٥/١٨ س١٣ ص٩٥٣ . والطعن رقم ١٠٣ لسنة ٢ق جلسة ٥/١٣/ ١٩٦١ س٦ ص١٠٤٠ ، الطعــن رقــم ٢٤٨٧ لسنة ٦ق جلسة ١٩٦٢/٥/١٩ س٧ ص٨٩٠ . وفــى الطعن رقم ١٢٨٩ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٦٥/١/٢ س١٠ ص٣١٣ . والطعــن رقم ٨٩٧ لسنة ٩ق جلسة ١٩٦٣/٧/٢٠ س٨ ص١٥٢٣ ، الطعن رقم ١١٠٩ لسنة ٨ق جلسة ١٩٦٣/١٢/٢٨ س٩ ص٣٢٤ ، والطعن رقم ٦٠٥ لسنة ٢٣ق جلسة ١٩٨٠/١/٢٦والطعن رقم ١٣٦١ لسنة ١٠ق جلسة (=)

أحـد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً ومتصلاً بمرفق عام ومتضمنا شروطاً غير مألوفـة فـى نطـاق القانون الخاص، فإذا تضمن عقد هذه الشروط الثلاثة مجتمعة كان عقداً إدارياً يختص به القضاء الإدارى بحسب ولايته المحددة . وغـنى عـن البيـان أن الشروط المتقدمة تسرى بالنسبة للعقود الإدارية المسـماة فى القانون لاعتبارها كذلك فإذا كان العقد المسمى مبرماً لتحقيق مصلحة خاصـة وليس فى نصوصه شروطاً غير مألوفة فى القانون الخاص فهو عقد من عقود هذا القانون وتخرج المنازعة بشأنه عن ولاية القضاء الإدارى»[1] .

وقد رددت المحكمة الإدارية العليا ذات العناصر فى تحديدها لمعيار تميـيز العقـد الإدارى فى أحكام كثيرة إذ ذهبت فى حكمها بتاريخ ١/٢٤/ ١٩٩٥ إلى أنه «.. ومن حيث أن المستقر عليه فى قضاء هذه المحكمة أن العقـد الإدارى هـو العقد الذى يبرمه شخص معنوى من أشخاص القانون العـام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وأن تظهر نيته فى الأخذ بأسـلوب القانون العام . وذلك بتضمين العقد شرطا أو شروطاً غير مألوفة فى عقود القانون الخاص»[2] .

(=) ١٩٦٨/٢/٢٤ س١٥ ص١٨١ . الطعن رقم ١٤٠١ لسنة ١٢ق جلسة ٢/٢٦/ ١٩٧٢ س١٥ ص١٨٥ ، والطعـن رقـم ٣٠٤٩ لسـنة ٣٢ق . جلسة ٢/٢٠/ ١٩٩٠ ، الطعن رقم ٢٢٨٢ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٩٠/٣/١٣ .

(١) حكـم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٩٨٧/٢/٢١ فى الدعوى رقم ٢١٨٤ لسنة ٢٩ق . مجموعـة المـبادئ القانونـية التى قررتها المحكمة الإدارية فى العقود الإدارية فى أربعين عاماً – ١٩٩٧ ، ص٩٣ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٩٩٥/١/٢٤ فى الطعن رقم ٢١٢٨ لسنة ٣٥ ق – مجموعة المبادئ فى العقود الإدارية – إصدار مجلس الدولة – المكتب الفنى بمناسبة اليوبيل الذهبى لمجلس الدولة – ص٩٨ .

وهــذا الاتجــاه فــى تمييز العقد الإدارى أكدته المحكمة الدستورية العلــيا فــى أحكامها ؛ ففى حكمها بتاريخ ١٩٨٠/١/١٩ ذهبت إلى أن[١]. «يتعين لاعتبار العقد إدارياً أن يكون أحد طرفيه شخصا معنويا عاماً يتعاقد بوصــفه ســلطة عامة وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصد تسييره أو تنظــيمه ، وأن يتسم بالطــابع المميز للعقود الإدارية وهو انتهاج أسلوب القانون العام فيما تتضمنه هذه العقود من شروط استثنائية بالنسبة لروابط القانون الخاص ..» .

ومن ذلك أيضاً حكمها فى الطعن رقم ٧ لسنة ١٦ بتاريخ ١٩٩٩/٢/٦ والــذى جاء به «.. العقود الإدارية هى التى يكون أحد أطرافها شخصاً من أشــخاص القــانون العام يتعاقد بوصفه سلطة عامة فى شأن يتصل بتسيير مــرفق عــام منــتهجاً فــى ذلــك وسائل القانون العام التى تعتبر الشروط الاستثنائية التى تضمنتها هذه العقود كاشفة عنها ومبلورة لها .

وإذا كــان الثابــت مــن الأوراق أن العقد محل النزاع قد أبرم بين المدعى بصفته مديراً للشركة الفنية المحدودة للمقاولات وهى منشأة خاصة وبيــن شــركة النهضــة الزراعية وهى إحدى شركات القطاع العام التابعة لــوزارة الزراعة واستصلاح الأراضى وكان من المقرر أن شركات القطاع العــام لا تعتــبر مــن أشخاص القانون العام بل تظل رغم ملكية الدولة لها شخصــاً من أشخاص القانون الخاص وتحتفظ الشركة المنقضية خلال مدة التصــفية بشخصيتها الاعتبارية بالقدر اللازم لأعمال التصفية فإن مقتضى ذلــك اعتــبار العقــد المشار إليه من العقود المدنية التى يحكمها القانون

---

(١) حكمهــا بــتاريخ ١٩٨٠/١/١٩ – مجموعــة أحكــام المحكمة – الجزء الأول – ص٢٤٤ .

الخـــاص وبالـــتالى فإن النزاع فى شأن الحقوق والالتزامات المترتبة عليه تدخل فى اختصاص القضاء العادى .

وســـوف نتـــناول بمزيد من التفصيل كل عنصر من عناصر المعيار المميز للعقد الإدارى على الوجه التالى .

المطلب الأول

ضرورة أن تكون الإدارة طرفا فى العقد

وضـــرورة أن تكـــون الإدارة طـــرفا فى العقد أمر يبرره أن قواعد القـــانون الإدارى إنما وجدت لتحكم نشاط الإدارة ، ومن ثم فإن العقد الذى يـــبرمه الإفـــراد أو الهيـــئات الخاصة لا يعد عقداً إدارياً . وفى ذلك تذهب المحكمـــة الإداريـــة العليا فى حكمها بتاريخ ١٩٩٤/١/١٨ إلى أن العنصر الأول فى تمييز العقود الإدارية وهو كون الإدارة طرفا فيها أمر طبيعى لأن العقود الإدارية هى طائفة من عقود الإدارة وبالتالى فإن العقد الذى لا يكون أحـــد أطـــرافه شـــخص مـــن أشخاص القانون العام لا يمكن اعتباره عقداً إدارياً .. »[1].

وعلـــى الـــرغم من وضوح هذا الشرط فإن الأمر يستدعى توضيح بعض المسائل التى تتعلق به كما يلى :

١- أن مفهوم الإدارة التى يستلزم أن تكون طرفا فى العقد الإدارى يشـــمل الأشخاص المعنوية العامة وهى إما أشخاص إقليمية أى تحدد على

---

(١) المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم ١٣٨٦ لسنة ٣٣ق عليا جلسة ١٩٩٤/١/١٨ – الموسوعة الادارية الحديثة – الجزء ٤٩ ص٤٦ .

أساس إقليمى كالدولة والمحافظات والمراكز والمدن والأحياء[١] أو أشخاص مرفقية تحدد على أساس ممارسة نوع معين من النشاط مثل الهيئات العامة أو أشخاص عامة مهنية كالنقابات والتى أعترف لها القضاء الإدارى سواء فى فرنسا أم فى مصر بالشخصية المعنوية .

ويجب أن تتعاقد الجهة الإدارية بهذه الصفة ، فإن تعاقدت باعتبارها ممثلا لشخص من أشخاص القانون الخاص فإن العقد يكون مدنيا وهو ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا فى حكمها بتاريخ ١٩٨٧/٢/٢١ . حيث قررت «أن كلا العقدين بين كل من وزارة الأوقاف والطاعن وقد تضمنا مادة برقم ٥٦ عنوانها صفة الوزارة يعترف فيها المقاول بأن وزارة الأوقاف إنما تتعاقد معه بصفتها ناظرة على الوقف التابع له العملية موضوع التعاقد . كما وقع المقاول على إقرار فى نهاية كل عقد يتعهد فيه لوزارة الأوقاف بصفتها ناظرة على الوقف التابع له العملية بالتنفيذ على مقتضى شروط العقد ، وكل ذلك ينبئ بوضوح أن وزارة الأوقاف لم تتعاقد مع الطاعن بصفتها سلطة عامة ، وإنما باعتبارها ناظرة على وقف .

ومن المقرر قانوناً للأوقاف – بموجب المادة ٥٢ من القانون المدنى – شخصية اعتبارية ، لا يختلط الناظر عليها أو المستحقين فيها ، وعلى ذلك فإن حقيقة التعاقد واقعة الحال أنه تم بين الوقف – كشخص

---

(١) تنص المادة ٦١ من الدستور المصرى على أن « تقسم جمهورية مصر العربية إلى وحدات إدارية تتمتع بالشخصية الاعتبارية هى المحافظات والمدن والقرى . ويجوز إنشاء وحدات إدارية أخرى تكون لها الشخصية الاعتبارية إذا اقتضت المصلحة ذلك » . لمزيد من التفصيل راجع مؤلفنا فى القانون الإدارى – دار النهضة العربية .

إعتــبارى مــن أشخاص القانون الخاص وبين الطاعن وبالتالى يتخلف فى شــأنه - حــتى يعتــبر عقــداً إدارياً شرط أن يكون أحد طرفى التعاقد من أشــخاص القــانون العام وينحسر الاختصاص بشأنه عن القضاء الإدارى . وينعقد الاختصاص لجهة القضاء المدنى المختصة »[١].

٢- أن تحول الجهة الإدارية من شخص من أشخاص القانون العام إلــى شــخص مــن أشــخاص القانون الخاص يؤدى إلى فقدان العقد لأحد العناصــر الــتى تسبغ عليه الصفة الإدارية ويتحول إلى عقد مدنى يخضع لقواعــد القانون المدنى ويختص بالفصل فى المنازعات المتعلقة به القضاء العادى . وإلى ذلك تذهب المحكمة الإدارية العليا «.. من حيث أنه وإن كان العقــد محــل النزاع الماثل قد نشأ فى الأصل إدارياً وتوافرت لــه مقومات العقــود الإداريــة باعتبار أن المتعاقد مع الطاعن كان شخصا من أشخاص القــانون العــام وهــى مصلحة المناجم والمحاجر ، وأن العقد لذلك تضمن شروطا استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص إلا أنه وقد أصبح المتعاقد مــع الطاعــن وقت إقامة الدعوى هى شركة مدينة نصر للإسكان والتعمير وهــى من أشخاص القانون الخاص بلا خلاف فإن العقد وقت رفع الدعوى يكون قد غدا مفتقداً لأحد العناصر الأساسية للعقود الإدارية»[٢].

ومرة أخرى تؤكد المحكمة « .. وبناء على ذلك إذا فقد العقد شرطا من الشروط التى يتحقق بتوافرها مناط العقد الإدارى ، صار العقد من عقود القــانون الخاص ، وذلك كأن تفقد الإدارة صفتها كشخص معنوى عام أو لا

---

(١) المحكمــة الإداريــة العلــيا : الطعن رقم ٢١٨٤ بتاريخ ١٩٨٧/٢/٢١ مجموعة المبادئ التى قررتها المحكمة فى أربعين عاماً - المرجع السابق - ص٩٥ .

(٢) المحكمة الإدارية العليا- الطعن رقم ١٣٨٦ لسنة ٣٣ق عليا - سابق الإشارة إليه.

يكـــون العقـــد متصلاً بمرفق عام من حيث نشاطه تنظيماً أو تسييراً أو أتى العقـــد على غرار عقود الأفراد بأن يكون خالياً من الأخذ فيه بأسلوب القانون العام بحيث يتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة فى عقود القانون الخاص ..»[1].

٣- أنه لا يكفى أن تكون الإدارة طرفا فى العقد حتى يكون إدارياً . وبمعـــنى آخر فإن العقد لا يكون إدارياً إلا إذا أبرمته الإدارة بوصفها سلطة عامة . أما إذا أبرمت الإدارة عقودها كشخص من أشخاص القانون الخاص فإنها تكون عقوداً مدنية تخضع لسلطات القانون المدنى . ويختص القضاء العادى بنظر المنازعات التى تتفرع عنها .

وهو ما استقرت عليه المحكمة الإدارية العليا فى أحكامها ومن ذلك حكمها بتاريخ ١٩٩٥/١/٨ «... فالعقد الإدارى شأنه شأن العقد المدنى من حيـــث العناصـــر الأساسية لتكوينه لا يعدو أن يكون توافق إرادتين بإيجاب وقـــبول لإنشاء التزامات تعاقدية تقوم على التراضى بين طرفين أحدهما هو الدولة أو أحد الأشخاص الإدارية بيد أنه يتميز بأن الإدارة تعمل فى إبرامها لـــه بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معهـــا وذلـــك بقصـــد تحقـــيق نفـــع عـــام أو مصلحة مرفق من المرافق العامة ..»[2].

ومـــن أحكامها السابقة فى ذلك أنها قضت أن تعاقد وزارة الأوقاف مـــع مقـــاول مبانى لا يسبغ على العقد الطابع الإدارى طالما أنها لم تتعاقد

(١) المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم ١٥٤ لسنة ٣٤ق عليا جلسة ١٩٩٧/١/٢ – الموسوعة الإدارية الحديثة – الجزء ٤٩– ص٥٤ .

(٢) المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم ١٣٨٣ لسنة ٣٥ق عليا – جلسة ١٩٩٥/١/٨ – الموسوعة الإدارية الحديثة – جـ٤٩ ص٦٠ .

كسلطة عامة وإنما بوصفها ناظرة على وقف . أى كشخص اعتبارى من أشخاص القانون الخاص ..»[١] .

٤- يكون العقد إدارياً إذا ابرم بين شخصين من أشخاص القانون الخاص إذا كان أحد أطرافه يتعاقد لحساب شخص معنوى عام . ففى مثل هذه الحالة يكون الشخص الخاص وكيلا عن الإدارة يتصرف لحسابها ويعمل نيابة عنها فى إبرام العقد . وقد تكون هذه الوكالة ظاهرة جلية تنص عليها نصوص العقد ، وقد تكون ضمنية تستخلص من صياغة العقد وظروف تنفيذه[٢]وفى إطار ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسى باعتبار العقد الذى أبرمته إحدى الجمعيات التعاونية للبناء مع أحد المقاولين لبناء كنيسة إدارياً لأنه تم لحساب إحدى البلديات[٣]. والأمر نفسه بالنسبة للعقد الذى أبرمته هيئة خاصة لتنشيط السياحة مع أحد مكاتب السياحة لإدارة أحد الشواطئ العامة[٤].

وعلى ذلك أيضا استقر قضاء المحكمة الإدارية العليا حيث ذهبت «من البديهى أن العقد الذى لا تكون الإدارة أحد أطرافه لا يجوز بحال أن يعتبر من العقود الإدارية . ذلك أن قواعد القانون العام إنما وضعت لتحكم نشاط الإدارة لا نشاط الأفراد والهيئات الخاصة إلا أنه من المقرر أنه متى استبان أن تعاقد الفرد أو الهيئة الخاصة إنما كان فى الحقيقة لحساب

---

(١) المحكمة الإدارية العليا ١٩٨٧/٢/٢١ مجموعة المبادئ - سنة ٣٢ - ص٨٥٣ .

(٢) فى ذلك راجع : مصطفى عبد المقصود سليم : الوكالة فى إبرام العقد - ١٩٩٥ - دار النهضة العربية - ص٣٨ .

(٣) C.E 2 juin 1961 , leduc Rec. p. 365 .

(٤) C.E 18 Decembre 1936 prade. Rec. 1124 .

الإدارة ومصلحتها فإن هذا التعاقد يكتسب صفة العقد الإدارى إذا ما توافرت فـيه العناصر الأخرى التى يقوم عليها معيار تمييز العقد الإدارى . ومن ثم فإنه متى كان الثابت مما تقدم أن شركة شل فى العقدين موضوع النزاع قد تعاقدت لحساب ولمصلحة الحكومة وكان لا نزاع فى أن العقدين المذكورين قـد أبـرما بقصد تسيير مرفق عام وفى أنهما أتبعت فيهما وسائل القانون العـام ، مـتى كـان الأمر كذلك ، فإن العقدين المشار إليهما على ما تقدم يكتسبان صفة العقود الإدارية[1].

ومـن ذلك أيضا حكمها فى ١٩٨٠/٦/٢١[2]حيث أن الكازينو محل المـنازعة مقـام فى منطقة الشاطئ المعتبرة من المنافع العامة والمقصور حـق اسـتغلالها على الشركة الطاعنة ، ومن ثم يكون التصريح للمطعون ضـده بالانتفاع بالكازينو المذكور قد تم من الشركة الطاعنة بوصفها نائبة تـتوافر فـى هذا التصريح مقومات العقد الإدارى باعتباره صادراً من جهة نائـبة عـن الدولة ولكونه متصلاً بنشاط مرفق الشاطئ ، ولأنه قد تضمن شروطاً غير مألوفة فى نطاق القانون الخاص .

المطلب الثانى

أن يتعلق العقد بنشاط مرفق عام

العنصر الثانى المميز للعقد الإدارى هو اتصاله بنشاط مرفق عام . ويعرف المرفق العام من ناحيتين . فهو من الناحية الشكلية يعنى الهيئة أو

---

(١) المحكمـة الإدارية العليا – الطعن رقم ١٥٥٨ لسنة ٧ق – جلسة ١٩٦٤/٣/٧ – المرسوعة الإدارية الحديثة – جـ١٨ – ص٦٨٦ .

(٢) المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم لسنة جلسة ١٩٨٠/٦/٢١ .

المنظمة التى تمارس النشاط . وهو من الناحية الموضوعية يعنى الخدمة أو النشاط الذى يشبع حاجة جماعية .

وفكرة المرفق العام هى التى بررت وجود قواعد قانونية متميزة تطبق فى المجال الإدارى .. ذلك أن مقتضيات سير المرافق العامة هى وحدها التى تبرر ما تضمنه القانون الإدارى من خروج على المألوف فى القانون الخاص وعلى منطق القواعد التى تحكم علاقات الأفراد فيما بينهم»[١].

وترتيبا على ذلك لا يكفى أن تكون الإدارة طرفاً فى العقد لكى يسبغ عليه الصفة الإدارية ، وإنما يجب أن يتعلق الأمر بنشاط مرفق عام كأن يتصل الأمر بإنشاء مرفق عام كعقد الأشغال العامة أو يتصل بتنظيمه وإدارته كعقود الالتزام وقد يتصل العقد بتسيير المرفق وضمان انتظامه كعقود التوريد .

وصلة العقد بنشاط المرفق العام وإن كانت ضرورية لتوافر الصفة الإدارية له إلا أنها غير كافية . وهو الأمر الذى استقر عليه القضاء الإدارى فى مصر منذ بواكير أحكامه .

ففى حكمها بتاريخ ٩ ديسمبر ١٩٥٦ ذهبت محكمة القضاء الإدارى إلى «.. وإنما تتميز العقود الإدارية عن العقود الخاصة بطابع معين مناطه احتياجات المرفق العام الذى يستهدف العقد الإدارى تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة . غير أن صلة العقد بالمرفق العام وإن كانت شرطاً لازماً فإنها ليست كافية »[٢].

---

(١) سليمان الطماوى : الأسس العامة – المرجع السابق – ص٧٤ .

(٢) محكمة القضاء الإدارى فى القضية ٧٨٠ لسنة ٥ق بتاريخ ١٩٥٦/١٢/٩ .

وهـــو الأمـــر الـــذى أكدته المحكمة الإدارية العليا فى قضائها دون إنقطـــاع ، ومن ذلك ما ذهبت إليه حكم لها فى ١٩٩٥/١/١٨ « ومن حيث أن العقـــد الإدارى علـــى ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة هو العقد الذى تكون الإدارة طرفا فيه ويتصل بنشاط مرفق عام من حيث تنظيمه وتسييره بغية خدمة أغراضه وتحقيق احتياجاته مراعاة للمصلحة العامة ، وتأخذ فيه الإدارة بأسلوب القانون العام »[1].

المطلب الثالث

أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية

أولاً : **مفهوم الشروط الاستثنائية** :

يعد احتواء العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة فى عقود الأفراد فى نطاق القانون الخاص هو العنصر الحاسم فى تمييز العقد الإدارى عن العقد المدنـــى وظـــل هذا العنصر هو الشرط الفاصل فى تمييز العقد الإدارى فى مصـــر مـــنذ اختصاص القضاء الإدارى بنظر منازعات العقود الإدارية ولم يتأثر هذا القضاء بالتطورات التى أصابت قضاء مجلس الدولة الفرنسى فى هـــذا الخصـــوص والتى أصبح يكتفى فى تحديد معيار تمييز العقد الإدارى بمجـــرد اتصـــاله بنشـــاط المرفق العام . وهو الأمر الذى أدى إلى توسيع وتطوير فكرة العقد الإدارى فى فرنسا[2] .

---

(١) المحكمة الإدارية العليا : الطعن رقم ١٣٨٣ لسنة ٣٥ ق عليا جلسة ١٩٩٥/١/٨ – الموسوعة الإدارية الحديثة – الجزء ٤٩ ص٥٨ .

(٢) فى تفصيل ذلك راجع جورج شفيق سارى تطور طريقة ومعيار تمييز وتحديد العقد الإدارى فى القانون المصرى والفرنسى – دار النهضة العربية ص١٠٠ .

علـــى عكس اتجاه القضاء الإدارى المصرى الذى ظل لم يفرط أبداً فـــى أهمـــية الشـــروط الاســـتثنائية باعتبارها أساس وجوهر تمييز العقد الإدارى. وهـــو مـــا قررته المحكمة الإدارية العليا فى حكمها بتاريخ ٣/٧/ ١٩٦٤ سابق الإشارة إليه « .. وأنه من المسلم به فى فقه القانون الإدارى أن اختـــيار جهة الإدارة لوسائل القانون العام هو الشرط الفاصل فى تمييز العقـــود الإدارية ، ذلك أن اتصال العقد الذى تبرمه الإدارة بالمرفق العام إذا كان شرطا لازماً لكى يصبح العقد إدارياً فإنه لا يكفى بذاته لكى يضفى على العقد تلك الصفة وبهذه المثابة فإن العقد يتسم بطابع العقود الإدارية .

وعلى ذلك لا يكفى أن تكون الإدارة طرفا فى العقد لكى يكون إدارياً حـــتى ولـــو تعلق الأمر بنشاط مرفق عام بل يجب أن يحتوى العقد شروطاً اســـتثنائية غير مألوفة فى نطاق القانون الخاص . ولا نغالى فى القول إن أكدنا أهمية هذا العنصر باعتباره العنصر الحاسم فى تبيان طبيعة العقد[١].

وهـــو الأمـــر الـــذى أكدته أحكام القضاء الإدارى وما برحت تسير علـــيه. ففـــى حكمهـــا بـــتاريخ ١٦ ديسمبر ١٩٥٦ قضت محكمة القضاء الإدارى بأنـــه «.. كما أن علاقة العقد بالمرفق العام إذا كانت ضرورية لكى يعتـــبر العقد إدارياً فإنها ليست مع ذلك كافية لمنحه تلك الصفة اعتباراً بأن القـــانون العـــام ليســـت ذات علاقة حتمية بفكرة المرفق العام ، إذ أنه مع اتصـــال العقـــد بالمرفق العام فإن الإدارة قد لا تلجأ فى إبرامه إلى أسلوب

---

(١) يذهـــب جانـــب من الفقه إلى كفاية احتواء العقد للشروط الاستثنائية غير المألوفة لإصـــباغ الصفة الإدارية عليه . وهو اتجاه يخالف ما استقر عليه القضاء الإدارى ســـواء فـــى مصـــر أو فى فرنسا فى تفصيل هذا الرأى : راجع : ثروت بدوى : النظرية العامة فى العقود الادارية - المرجع السابق - ص٨٠ وما بعدها .

القانون العام لما تراه من مصلحتها فى العدول عن ذلك إلى أسلوب القانون الخــاص ، فتتبع فى شأنه ما يتبعه الأفراد فى تصرفاتهم الخاصة . ومن ثم فــإن المعــيار الممــيز للعقود الإدارية عما عداها من عقود الأفراد وعقود القــانون الخاص التى تبرمها الإدارة ليس هو صفة المتعاقد ، بل موضوع العقــد نفســه متى إتصل بالمرفق العام على أية صورة من الصور .. مشتركا فى ذلك وعلى درجة متساوية مع الشروط الاستثنائية غير المألوفة فى العقد ...»[1].

وهو ما استقرت عليه المحكمة الإدارية العليا فى أحكامها إذ قررت «.. ومــن حيث أن البين من ظاهر الأوراق أن العقود الحالية التى أبرمتها وزارة السياحة مع الطاعنين على تأجير محلات بمنطقة الأقصر قد تضمنت فــى البــند الســادس عشــر التزام المستأجرين باتباع التعليمات المنظمة لمواعيد فتح وغلق المحال العامة وكذلك القوانين واللوائح المعمول بها فى هــذه المنطقة والتى تحددها الجهات المختصة والمتعلقة أعمالها بالإشراف علــى مــثل هــذه المحلات ، كما تضمن البند السابع عشر على أنه يجوز لــوزارة السياحة فسخ العقد دون اعتراض من المستأجرين مع حفظ حقها فى التعويض وذلك للأسباب التى ترى فيها الوزارة ذلك ويتم الفسخ بموجب كــتاب موصى عليه دون حاجة إلى اتخاذ أى إجراء قانونى آخر ومثل هذه الشروط إنما هى شروط غير مألوفة فى القانون الخاص ومن ثم كون العقد المذكور قد تكاملت فيه العناصر الثلاثة .. باعتباره عقدا إدارياً[2].

وفــى حكــم آخــر ذهبت إلى أن « .. وقد تضمن هذا العقد بعض

---

(١) محكمة القضاء الإدارى بتاريخ ١٦ ديسمبر ١٩٥٦ . سابق الإشارة إليه .

(٢) المحكمــة الإدارية العليا : الطعن رقم ١٣٨٣ لسنة ٣٥ق عليا جلسة ١٩٩٥/١/٨ الموسوعة - الجزء ٤٩ ص٥٩ .

مظاهــر السلطة العامة حيث تضمن البند خامساً على حق الإدارة فى فسخ العقد واستعادة الفرن ولو بالقوة الجبرية دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار كما تضــمن البــند الحادى عشر على تعهد المطعون ضده بتسليم الفرن وكافة محــتوياته بالحالــة الــتى تسلمها وبما يكون قد أدخل عليه من تحسينات ومــرافق وافــق علــيها الطرف الأول عقب انتهاء مدة الإيجار أو استرداد الفــرن – لأى سبب من الأسباب – ومن ثم فإن التكييف القانونى لهذا العقد أنه عقد إدارى باستغلال الفرن المملوك لإحدى الجهات الإدارية .. »[1].

وعلــى ذلك فإن تخلف هذا الشرط يعنى أن الصفة الإدارية تنسحب عن هذا العقد وهو ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا فى حكمها ١١/٢/١٩٨٤» . أن العقد الذى قدمته جهة الإدارة ، أيا كان الرأى فى مدى صحة هــذا العقد ، لا ينطوى على شروط استثنائية غير مألوفة فى مجال القانون الخاص ويمكن أن تضفى عليه بالتالى صفة العقد الإدارى ، فالنص على أن يكــون تحصــيل الإيجــار بطريق الخصم من المرتب لابد أن يكون تسهيلاً لاســتئداء الإيجــار مــن الطاعن باعتباره من العاملين فى محافظة البحر الأحمــر . كمــا أن النص على إخلاء المساكن عند نقل الطاعن إلى خارج المحافظة أو داخلها لا يعدو أن يكون ترديدا للحكم الوارد فى المادة ٧ فقرة ٢ من القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع المساكن وتنظيم العلاقــة يبيــن المؤجر والمستأجر هذا إلى أن النص على حق المؤجر فى فسخ العقد عند إخلاله بأى شرط من شروط العقد هو حكم مألوف فى عقود الإيجــار المدنــية يجرى إعماله مـ لم ينص القانون على أحكام آمرة على

---

(١) المحكمــة الإداريــة العليا : الطعن رقم ١٥٧١ لسنة ٤١ق عليا – جلسة ٢٥/٢/١٩٩٧ – الموسوعة – الجزء ٤٩ ص٦٣ .

خـــلاف مـــا هو منصوص عليه فى العقد . ومن كل ما تقدم فإن عقد إيجار العيـــن موضوع المنازعة وقد خلت نصوصه من أية أحكام استثنائية يمكن القـــول معها بتوافر صفة العقد الإدارى فيه . على التفصيل السابق بيانه ، لابـــد وأن يكـــون عقداً مدنيا ومن ثم ينأى عن الاختصاص الولائى لمحاكم مجلس الدولة .

ووجـــود الشـــروط غـــير المألوفة فى العقد الإدارى إنما يهدف إلى ضـــمان حســـن ســـير المرافق العامة . كما أنها لا تعنى تعسف الإدارة فى اســـتعمال هذه الشروط وإنما هى تستخدمها بالقدر الذى يحقق هذا الغرض وهـــو ما قضت به المحكمة الإدارية فى حكمها بتاريخ ١٩٦١/٥/١٣ » .. ومـــن المســـلم به أن العقد الإدارى يتميز ضمن ما يتميز به احتوائه على شـــروط غـــير مألوفـــة فى العقود المدنية الغرض منها ضمان حسن سير المـــرافق العامـــة ، ومـــن ثم فإن البند الذى يخول الإدارة الحق فى توقيع العقوبـــات على المخالف – جائز قانوناً – والقول بأنه يطلق يد الإدارة فى توقيع الغرامة التى تقدرها بلا قيد من حيث مقدارها ، هذا القول مردود بأن اســـتعمال الإدارة حقهـــا المخـــول لهـــا فى هذا البند من حيث فرض الغرامة على المخالف خاضع لرقابة القضاء الإدارى للتحقق من أنه غير مشوب بالتعسف[١].

بـــل إن المحكمة الإدارية العليا – دائرة توحيد المبادىء – فى حكم هـــام لهـــا ذهبت إلى أن العقد إذا تضمن شروطاً غير مألوفة فإنه يعد عقداً إداريـــا حتى ولو تعلق الأمر بمشروع خاص – للجهة الإدارية إذ ذهبت فى هـــذا الحكم بتاريخ ١٩٩٧/١/٢ إلى أنه «ومن حيث أنه فى ضوء ما تقدم

---

(١) المحكمـــة الإداريـــة العلـــيا : فى الطعن رقم ٦٢ بتاريخ ١٩٦١/٥/١٣ – المرجع السابق ص١٠١ .

وإذ كـــان الثابـــت من الأوراق فى الطعن الماثل أنه بتاريخ ١٩٨٢/٥/١٧ أصـــدر محـــافظ البحر الأحمر قراره رقم ٣٣ لسنة ١٩٨٢ باعتبار مشروع مركز الغردقة السياحى الجديد مشروعاً خاصاً من مشروعات المحافظة ... ومـــن حيث أنه باستعراض بنود العقود التى أبرمتها محافظة البحر الأحمر فى هذا الشأن تبين أن المحافظة وهى شخص معنوى عام تعاقدت مع الغير بشأن إنشاء قرى سياحية علاجية على الأراضى الفضاء المملوكة لها ملكية خاصـــة والتى يضمها المركز السياحى الجديد وصولاً إلى الهدف الذى قام العقـــد لتحقـــيقه وهـــو انـــتعاش السياحة العلاجية والمساهمة فى إصلاح الاقتصـــاد القومـــى للبلاد كما أن هذه العقود احتوت على شروط استثنائية غـــير مألوفة فى القانون الخاص يتمثل أولهما : فيما قضى به من اشتراط أن تكون المشاريع المراد إقامتها فى المركز السياحى الجديد مشاريع للقرى الســـياحية العلاجية ومثل هذا الشرط غير مألوف فى عقود القانون الخاص الـــتى تعطـــى للمشـــترى الحق فى التصرف فى الأرض محل التعاقد بجميع أنـــواع التصرفات الجائزة قانوناً ... أما الشرط الاستثنائى الثانى فقد نص صـــراحة علـــى الـــتزام المتعاقد بإقامة مشروع القرية السياحية العلاجية خـــلال مـــدة محـــددة هى ثلاث سنوات الأمر الذى يكشف عن نية جهة الإدارة فى الأخـــذ بأســـلوب القانون العام . بل أن هذه الشروط الاستثنائية لاستغلال شواطىء البحر الأحمر والشريط الساحلى لمركز الغردقة السياحى الجديد ...» [1] .

---

(١) حكـــم المحكمة الإدارية العليا – دائرة توحيد المبادىء بجلسة ١٩٩٧/١/٢ – فى الطعـــن رقـــم ١٥٤ لســـنة ٣٤ ق – محمد ماهر أبو العينين – العقود الإدارية – المرجع السابق – الكتاب الأول – ص٤٠ وما بعدها .

ثانياً : أهم صور الشروط الاستثنائية :

لـــم يعن القضاء الإدارى فى فرنسا أو مصر بحصر أو تحديد صور الشـــروط الاستثنائية ، وإنما كان يكتفى بتقرير احتواء العقد لها وهى فى الأساس تكون شروطاً غير متعارف عليها فى العقود التى تخضع للقانون الخاص .

إذ أن هـــذه العقـــود الأخيرة يبرمها الأفراد وهم على قدم المساواة ونظـــرا لأن هـــذه الشـــروط لا تخضـــع لحصر فإن القاضى ينظر فى العقد ويـــتفحص شـــروطه ثـــم يقرر بعد ذلك إن كان العقد يتضمن شروطاً غير مألوفة أم لا .. فى ذلك تذهب المحكمة الإدارية العليا فى حكمها بتاريخ ١٥ /١١/١٩٩٢ أنـــه « .. ومن حيث أنه يبين من الإطلاع على العقد السالف بيانه أن جهة الإدارة خصت مورث المطعون ضده بجزء من الأموال العامة لانـــتفاعه الخاص مقابل مبلغ معين بشروط معينة تخرج عن نطاق القواعد المقررة فى القانون الخاص خاصة ما تعلق منها بالأسعار التى تحددها جهة الإدارة أو فى تحديد نوع الأدوات المستعملة والملابس التى يستعملها عماله أو مـــا يقدمـــه من خدمات أو فى طبيعة المنشآت التى يقيمها أو فى فسخ العقـــد بغـــير اتخاذ أى إجراء فى حالة مخالفة المتعاقد مع الإدارة لأى من أحكامـــه وبذلـــك فـــإن هـــذا العقد عقد إدارى ، على أنه نظرا لأهمية هذه الشـــروط فى تمييز العقد الإدارى فقد عمد كثير من الفقه إلى محاولة تحديد صور هذه الشروط وردوها إلى قسمين[1] :

الأول : شروط لها طابع السلطة العامة : أى تشـــتمل على عنصر من عناصرها أو امتياز من امتيازاتها وبطبيعة الحال ليست كل هذه الشروط فى

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ١٢٧٨ بتاريخ ١٩٨٤/٢/١١ مجموعة المبادئ فى أربعين عاما – المرجع السابق – ص٩٨ .

صــالح جهــة الإدارة فمنها ما يقرر للإدارة امتيازات فى مواجهة المتعاقد معهــا مــثل التنفــيذ المباشر ومنها ما يرتب التزامات على عاتق الإدارة لمصلحة المتعاقد معها مثل تخويل الملتزم سلطة نزع الملكية لإقامة منشآت المــرافق العامــة أو مــنحه ســلطات بوليســية تجــاه المنتفعين بخدمات المرفق [1].

أما الثانى : فهو طائفة من الشروط ترتبط بمبادئ القانون العام وغير مألوفــة فــى مجــال القانون الخاص من ذلك النصوص التى تعطى للإدارة الحق فى تعديل شروط العقد سواء أكان ذلك بتعديل التزامات المتعاقد معها زيــادة أو نقصانا أم تعديل فى الأثمان أو فى مدة العقد . فكل هذه الشروط وغيرها غير مألوفة فى نطاق تعاقدات الأفراد فى ظل القانون الخاص والتى يحكمها بصورة صارمة مبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين .

نخلــص من جماع ما سبق ؛ أن معيار تمييز العقد الإدارى ينهض علــى عناصــر ثلاثة : أن تكون الإدارة طرفا فيه ، وأن يتصل بمرفق عام ســواء فــى إنشــائه أو تســييره أو تنظــيمه . وأن يتضمن العقد شروطا اســتثنائية غير مألوفة فى إطار القانون الخاص . وإذا كان بعض الفقه قد أراد أن يجعل من بعض هذه العناصر المعيار الأساسى مستبعداً الآخر ، فإن القضــاء الإدارى سواء فى مصر أو فى فرنسا لم يساير هذه الاتجاهات وما بــرح فــى أحكامه يؤكد على ضرورة اجتماع هذه العناصر الثلاثة مجتمعة حتى يكون العقد إدارياً .

---

(١) فى تفصيل ذلك راجع : ثروت بدوى – النظرية العامة – المرجع السابق – سليمان الطماوى : الأسس العامة – المرجع السابق ص٩٣ .



الفصل الثالث

مركز المتعاقدين فى العقد الإدارى
بين النظرية التقليدية وضرورات التطور

تـــزداد أهمية نظرية العقود الإدارية فى العصر الحديث نظراً لاتجاه الدولـــة إلـــى الخصخصة ونظام الاقتصاد الحر وذلك من ناحيتين : الأولى تتمـــثل فـــى أن بعض هذه العقود تمثل أسلوبا لعملية الخصخصة مثل عقد الـــتزام المـــرافق العامة بصوره المختلفة والمتطورة[١] . والثانية فى زيادة الطلـــب علـــى العقـــود الإداريـــة نظرا لأن الدولة سوف تلجأ إليها للوفاء باحتياجات المرافق العامة .

هـــذه الأهمـــية تـــبرر ضرورة مراجعة الاطر التشريعية والقضائية لـــنظرية العقـــود الإدارية فى مصر حتى تستطيع أن تلاحق هذه التطورات التى تحدث على أرض الواقع . وحتى تظل العقود الإدارية – سواء ما كان مـــنها إطار للخصخصة كعقد الالتزام أو أسلوب للوفاء باحتياجات الإدارة – وسيلة فعالة وآمنة ضد الإضرار بالمال العام أو استغلاله .

وإذا كـــان مـــنطق نظـــرية العقود الإدارية يقتضى ضرورة التسليم بمركـــز متمـــيز لجهـــة الإدارة المتعاقدة فى مواجهة المتعاقد معها تحقيقا للمصـــلحة العامـــة . فإنـــه يـــبقى ضرورة أن يُعترف للمتعاقد مع الإدارة بحقوق وميزات تقابل هذا المركز المتميز للجهة الإدارية المتعاقدة .

---

(١) فى ذلك راجع : سعاد الشرقاوى – نقلة حضارية بأساليب متنوعة لتحرير الاقتصاد – مقال – جريدة الأهرام- بتاريخ ١٩٩٤/٧/١٩– صفحة قضايا وآراء.

وإذا كـــان الإطـــار التشريعى للعقود الإدارية فى مصر بدأ يتطور – كما حدث بصدور القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ فى جواز التحكيم فى العقود الإداريــــة ، والقـــانون رقـــم ٨٩ لســـنة ١٩٩٨ بشـــأن المناقصات العامة والـــتعديلات المـــتعددة للقانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٨ بشأن عقد الالتزام اســـتجابة لهذه الدواعى – فإن الاجتهاد القضائى فى نظرية العقود الإدارية مازال يتسم بالجمود .

وفـــى هـــذا الفصـــل نرصد مظاهر هذا الجمود وما ترتب عليه من اخـــتلال ظاهـــر فـــى مركـــز المتعاقدين فى العقد الإدارى وذلك فى مبحثين متتاليين :

المبحث الأول : جمود الاتجاهات القضائية فى نظرية العقود الإدارية.

المبحث الثانى : مظاهر اختلال التوازن بين المتعاقدين فى العقد الإدارى .

وذلك على الوجه التالى :

المبحث الأول

جمود الاتجاهات القضائية فى نظرية العقود الإدارية

من الملاحظ أن أحكام القضاء الإدارى المصرى فى منازعات العقود الإداريـــة تتمـــيز بالثـــبات وعدم التطور . وعلى الرغم من تغير الظروف الاقتصـــادية ، فإن المبادئ التى قررها مجلس الدولة المصرى فى منازعات العقود الإدارية مازالت ثابتة عند بداياتها الأولى ، وهى فى غالبها تتربص بالمتعاقد مع الإدارة وتفترض فيه فى أغلب الأحوال سوء النية .

ومـــن الملاحظ أيضاً أن أحكام محكمة القضاء الإدارى التى صدرت

فـــى منتصـــف القـــرن العشرين هى مصدر جل المبادئ التى تحكم العقود الإدارية .

وإذا كانـــت مســـاوئ هذا الجمود لم تتضح فى الوقت الذى زاد فيه تدخُـــل الدولـــة فـــى المجـــال الاقتصادى ، والذى قَلت معه الأهمية العملية لـــنظرية العقـــود الإداريـــة وهـــو ما عبر عنه البعض بقوله « ... المركز الخـــاص الذى تشغله الأجهزة الإدارية التى تتولى مباشرة النشاط التجارى والصـــناعى والـــزراعى والمالى باسم النظام الاشتراكى ، يثير التساؤل عن مدى الحاجة لتطبيق نظرية العقود الإدارية بمبادئها وأحكامها على الروابط التى تنشأ فى الدولة ممثلة فى الوزارات والمصالح وبين المؤسسات العامة ومـــا يتـــبعها من شركات أو بين المؤسسات العامة أو بين الشركات العامة الـــتى تتبع المؤسسات العامة فى كل ما يتعلق بتنفيذ المشروعات العامة أو توريـــد الحاجات العامة للوزارات والمؤسسات والهيئات العامة . ووحدات الإدارة المحلية » .

ثـــم يخلـــص هذا الرأى إلى « أن تطبيق نظرية العقود الإدارية فى مجال التعاون بين أجهزة القطاع العام ، لم يعد له فى ظل النظام الاشتراكى نفـــس الأهمية التى كانت له من قبل .. بل إنه يمكن القول : إنه لم تعد ثمة حاجة لتطبيق نظرية العقد الإدارى فى هذا المجال »[١] .

فـــإن هـــذا الجمـــود قد أصبح يمثل خطراً كبيراً على نظرية العقود الإداريـــة – بصـــفة خاصة – وعلى مبادئ القانون الإدارى بصفة عامة . ومـــرد ذلـــك بطبيعة الحال إلى ما يتميز به القانون الإدارى من أنه قانون

---

(١) محمد فؤاد مهنا : القانون الإدارى فى ظل النظام الاشتراكى الديمقراطى التعاونى ١٩٦٣ – ١٩٦٤ – ص ١٢٣ وما بعدها .

قضـــائى . وهـــو ما يعنى أن أحكام القضاء الإدارى تمثل رافداً أساسياً من روافد تطوير وصياغة القانون الإدارى .

فالقاضـــى الإدارى «لا يقـــف دوره عـــند مجـــرد تطبيق النصوص بطـــريقة آلـــية محضة . ولكنه يتمتع بقدر من الحرية فى تفسير النصوص التشـــريعية ، وتحديد مدى انطباقها على الحالة المعروضة أمامه ، وتحليل عناصـــر هذه الحالة تحليلاً واقعيا وقانونيا . كما أن القواعد القانونية تكون عـــادة علـــى قـــدر من العمومية والتجريد يسمح للقاضى بممارسة مهمته بطريقة تقديرية إلى حد كبير»[١] .

وعلى الرغم من أن القضاء لا يعد مصدراً رسمياً للقانون فى مصر حيـــث لا يأخذ النظام القانونى المصرى بفكرة نظام السوابق القضائية. فإن القضـــاء يكـــون هو المصدر الوحيد للقاعدة القانونية فى حالة عدم وجود نص تشريعى يحكم المنازعة المعروضة على القاضى الإدارى فهو فى هذه الحالة ملزم بأن يبتدع قاعدة قانونية تفصل فى النزاع .

وإذا كان العقد الإدارى يعد أسلوباً مهماً من أساليب ممارسة الإدارة لنشـــاطها . فـــإن هـــذه الأهمية – ولا شك – سوف تزداد كثيراً مع اتجاه الدولـــة نحـــو سياسة الخصخصة وانحسار الأفكار الاشتراكية والاتجاه نحو حصر نشاط القطاع العام فى مجالات ضيقة ومحدودة .

فالانـــتقال من « .. اقتصاد التخطيط إلى اقتصاد السوق سيؤدى إلى زيـــادة وأهمـــية العقود التى تبرمها الإدارة سواء أكانت إدارية أم مدنية أم

---

(١) ثـروت بدوى : القانون الإدارى – ١٩٧٤ – دار النهضة العربية – ص ١٠٣ ، ١٠٤ .

تجارية ، لأن اقتصاد السوق قائم على التخلى عن الأوامر وأساليب القهر ... »[١] .

هذا التحول إلى الاقتصاد الحر أدى إلى زيادة اللجوء إلى نظرية العقود الإدارية ، مما نتج عنه استحداث صور جديدة لهذه العقود ومنها عقود البوت . فضلاً عن استحداث آليات جديدة لفض المنازعات التى تثور حول هذه العقود مثل التحكيم أو التوفيق أو الوساطة وهو ما أدى إلى إنحسار اختصاص القضاء الإدارى بنظر منازعات كانت تدخل فى اختصاصه، ومنها - إن لم يكن أهمها - منازعات العقود الإدارية .

وقد كان لهذا الجمود الذى أصاب الأجتهاد القضائى بخصوص العقود الإدارية فى مصر أثره فى نشوء هذه الآليات القانونية أو بالأحرى زيادة الطلب عليها . ولا شك فى أن هذه الآليات القانونية - لا سيما التحكيم وعقود البوت - لها أهميتها وضرورتها ، ولكن يبقى مدى الاستفادة منها بصورة جيدة متوقفة على مدى استخدامها فى موضعها الصحيح . ومن الملاحظ إندفاع النظام القانونى المصرى نحو هذه الوسائل بصورة تنذر بخطر شديد ، ولعل أهم مظاهر هذا الاندفاع إبرام مثل هذه العقود مع الإحجام عن إصدار تشريع ينظم هذه العقود ويحد من مخاطرها ويعظم من فوائدها[٢] .

---

(١) سعاد الشرقاوى : العقود الإدارية - ١٩٩٥ - دار النهضة العربية - ص ٣٩٤.

(٢) الأمر الذى دعا رئيس الجمهورية إلى التحذير من التوسع فى مشروعات B.O.T وضرورة وضع ضوابط لهذه العقود . تصريحات الرئيس لرؤساء تحرير الصحف المصرية أثناء عودته من الكويت والإمارات . انظر الأهرام - الصفحة الأولى العدد رقم ٤١٩٠٩ - السنة ١٢٦ - الصفحة الأولى بتاريخ (٢٠

وإذا كانت نظرية العقود الإدارية وتطورها فى النظام القانونى الفرنسى إنما نشأت فى كنف الإزدواج القضائى ، وإنشاء قضاء إدارى يختص بنظر المنازعات الإدارية ومنها العقود الإدارية . فإن هذا القضاء هو الذى دأب على العمل على تطبيق قواعد خاصة مختلفة عن تلك التى تطبق أمام المحاكم العادية ، وهو ما ساهم بقدر كبير فى إنشاء القانون الإدارى الذى يعد بطبيعته قانون قضائى . وهو الأمر الذى ينصرف بدوره على نظرية العقود الإدارية .

وعلى ذلك فإن القضاء المصرى قبل إنشاء مجلس الدولة سنة ١٩٤٦ لم يكن يعرف القواعد الإدارية التى تطبق على العقود الإدارية فى القضاء الإدارى الفرنسى . وكان يطبق على عقود الإدارة القواعد الخاصة التى تنظمها على فرض وجودها . فإن لم يكن ثمة قواعد من هذا النوع فإنه يطبق عليها قواعد القانون المدنى . فعلى خلاف القاضى الإدارى فإن القاضى المدنى يقنع دائما بدوره فى تطبيق القانون دون المساهمة فى خلقه وابتداعه عند غياب النص التشريعى .

ومن أهم الأمثلة التى يضربها الفقه تأييداً لذلك هو رفض القضاء العادى تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، والتى أقرها مجلس الدولة الفرنسى من قبل . ففى حكمها بتاريخ ٣١ مارس ١٩٢٤ أنكرت محكمة الاستئناف المختلطة على شركة مياه الإسكندرية حقها فى طلب زيادة المقابل الذى تتقاضاه من المشتركين بسبب ارتفاع التكاليف ارتفاعاً كبيراً، وقررت أن السبيل الوحيد أمام الشركة هو الاتفاق الودى مع الإدارة وأن

(=) ٢٠٠١/١١/١٢ . وأعاد التحذير مرة أخرى - بمناسبة افتتاح كوبرى الفردان - الأهرام بتاريخ ٢٠٠١/١١/١٥ - ص ٣ .

لـيس للقضـاء أن يعـتدى علـى حـق الإدارة فى هذا الخصوص ، لأن اختصاصه يقتصر على تفسير الاتفاقيات المبرمة بقصد العمل على احترامها دون تعديل فى شروطها[١] .

وهو ما أكدته محكمة الاسكندرية المختلطة بقضاء لاحق فى ٦ مايو ١٩٢٦ مقـررة أن « القانون المصرى يجهل نظرية الظروف الطارئة، وأن مهمة المحاكم تنحصر فى تفسير العقود والعمل على احترام الاتفاقيات التى تعقـد بحـرية وأن هـذه المـبادئ تسـرى علـى الامتيازات التى تبرمها الإدارة .. »[٢] .

ومضـت المحاكم الأهلية على هذا الدرب والتزمت ما سبق وقررته المحـاكم المختلطة وعندما أرادت محكمة الاستئناف تلمس العدالة وتطبيق نظـرية الظروف الطارئة اهتداء بما قرره القضاء الإدارى فى فرنسا وقفت لها محكمة النقض بالمرصاد وألغت قضاءها فى ذلك .

فقـد تعلـق الأمـر بمتعاقد مع الإدارة على توريد كمية كبيرة من الشـعير فـى وقـت كانـت الحكومة تفرض تسعيرة محددة للشعير فما إن شـرع المـتعهد بتوريد ما اتفق عليه حتى الغت الحكومة التسعيرة فارتفع سعر الشعير بصورة كبيرة فتوقف عن تنفيذ التزاماته فاشترت الإدارة على حسـابه ورفعـت الدعوى أمام محكمة أول درجة لتطالبه بفرق الثمن فدفع ذلـك بالظـروف الطارئـة . فرفضت المحكمة دفعه ، ولما رفع الأمر إلى محكمة الاستئناف ألغت الحكم المستأنف مقررة « انفساخ الالتزام بالظروف الطارئة التى لم يكن يتوقعها العاقدان والتى تجعل التنفيذ مرهقاً للمدين » .

---

(١) مجموعة التشريع والقضاء المختلطة – السنة ٣٦ – ص ٢٨١ .

(٢) الجازيت – السنة ١٦ – ص ٢٥٥ .

وعـندما اتصـلت محكمة النقض بالدعوى أصدرت حكمها فى ١٤ يـناير سـنة ١٩٣٢ فألغـت حكم الاستئناف ؛ لأنه أخطأ فى تأويل القانون بـتقرير المساواة بين الطارئ الذى يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للملتزم وبين الحـادث الجـبرى الـذى يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة مطلقة » . وقـررت أنـه وإن كانـت نظرية الظروف الطارئة تقوم على أساس العدل والعفـو والإحسـان إلا أنـه لا يصح لهذه المحكمة أن تستبق الشارع إلى ابـتداعها فـيكون علـيها هـى وضعها وتبيان الظروف الواجب تطبيقها فيها .. »[١] .

وعلـى الرغم من مجافاة هذا القضاء لمنطق العدل وضرورة النظر إلـى مـنازعات العقود الإدارية نظرة مختلفة تستدعى تطبيق قواعد خاصة ومغايـرة لتلك التى ينظمها القانون المدنى على هذه المنازعات . فإن هذا الاتجـاه القضائى قد ظل ثابتا ولم يغير فيه اتجاه بعض الأحكام للإعلان عن عـدم رضـاها عن ذلك ، ومنها حكم محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٠ يـناير ١٩٣٣ والـتى قـررت فيه « .. أنه فى حالة عدم وجود تشريعات خاصـة لتنظـيم العقود الإدارية فإنه على المحاكم عند التصدى للمنازعات المـتولدة عن تلك العقود أن تراعى المبادئ الخاصة بالعقود الإدارية والتى يمكـن استمدادها من المبادئ العامة التى يقوم عليها القانون الإدارى ذلك القانون الذى يوجد حتما فى كل دولة متحضرة»[٢] .

ويتضـح ممـا سـبق أن الدواعى التى أدت إلى قيام قضاء إدارى متخصـص بالـنظر فى المنازعات الإدارية – ومنها العقود الإدارية – أمر

---

(١) المجموعة – حكم رقم ١١٠ – ص ٢١٠ .

(٢) مجموعة التشريع والقضاء المختلطة – السنة ٤٥ – ص ١١٤ .

تستدعيه قواعد العدالة . ولم يكن أبداً بقصد محاباة جهة الإدارة على حساب المتعاقد معها . فتوازن التزامات المتعاقد مع الإدارة هو الضمان الأساسي لنجاح العقد الإدارى . وهو الأمر الذى سعت إليه نظرية التوازن المالى فى العقد الإدارى . والتى شادها القضاء الإدارى فى فرنسا وأخذ بها بعد ذلك القضاء الإدارى المصرى . وإذا كان القضاء الإدارى فى فرنسا لم يفقد قدرته على التطور مواكبة للتطورات الاقتصادية والسياسية فى المجتمع . فإن القضاء الإدارى المصرى لا سيما فيما يتعلق بالعقود الإدارية لم يبارح قضاءه الذى صدر منذ بواكير أحكامه فى الخمسينات من القرن الماضى .

وهو الأمر الذى يخالف اتجاهات قضاء المجلس فى موضوعات أخرى كالحريات أو القرارات الخاصة بالموظفين ، التى تميز قضاؤه فيها بالتطور وملاحقة التغييرات السياسية والاقتصادية فى المجتمع .

المبحث الثانى

مظاهر إختلال التوازن بين المتعاقدين فى العقد الإدارى

قلنا فيما سبق ؛ إن الاتجاه إلى الخصخصة والنظام الاقتصادى الحر يؤدى إلى ازدياد أهمية العقود الإدارية . إذ أن الدولة وأجهزتها المختلفة سوف تسعى إلى الحصول على احتياجاتها عبر الاتفاق مع الغير عن طريق العقد الإدارى .

وإذا كان العقد الإدارى يستلزم – نظرا لاتصاله بنشاط مرفق عام يؤدى خدمة عامة – أن يكون للإدارة مركز متميز فى العقد الإدارى يختلف

مــداه مــن عقــد إلى آخر . فإن هذا الأمر لا يستلزم ضرورة الإبقاء على توازن التزامات المتعاقدين فى العقد الإدارى .

علــى أن الملاحــظ أن الــنظرية التقليدية فى العقود الإدارية تزخر بمواطن كثيرة تؤدى إلى وجود اختلال فى التوازن بين المتعاقدين فى العقد الإدارى . وســوف نقســم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول فى الأول منهما مظاهر اختلال التوازن بين المتعاقدين فى مرحلة إبرام العقد الإدارى.

أمــا الثانى فنتناول فيه : مظاهر اختلال التوازن بين المتعاقدين فى مرحلة تنفيذ العقد الإدارى .

وذلك على الوجه التالى :

المطلب الأول

مظاهر اختلال التوازن بين المتعاقدين فى مرحلة إبرام العقد الإدارى

تــتعدد مظاهر اختلال التوازن بين المتعاقدين فى مرحلة إبرام العقد الإدارى ، ذلك أن فلسفة وسائل إبرام العقد الإدارى تنهض على التشدد فى اختــيار المــتعاقد مع الإدارة حتى لا تتعاقد جهة الإدارة مع أشخاص غير مؤهلين لذلك ، مع ما يترتب على ذلك من أضرار تلحق بالمصلحة العامة.

علــى أن بعــض هــذه الإجراءات فى كثير من الأحيان تفتقر إلى العدالة ، وسوف نرصد أهم هذه الاختلالات كما يلى :-

الفرع الأول : ســلطة الإدارة فى إلغاء المناقصة قبل البت فيها دون مسئولية عليها .

الفرع الثانى : عدم جواز تحويل المناقصة العامة إلى ممارسة عامة .

الفرع الثالث : سلطة الإدارة فى عدم اعتماد الترسية .

الفرع الأول

سلطة الإدارة فى إلغاء المناقصة قبل البت فيها دون مسئولية عليها

للإدارة إلغاء المناقصة قبل البت فيها فى حالتين :

الأولى : إذا رأت الإدارة الاستغناء عن المناقصة ، فمن المعلوم أن جهة الإدارة تلجأ إلى المناقصة لكى توفر حاجة المرفق سواء تمثلت فى توريدات أو إنشاءات أو غير ذلك . فإذا أعلنت الإدارة عن حاجتها للمناقصة وبعد ذلك رأت الاستغناء عنها ، فإن القانون يعطى لها الحق فى إلغاء هذه المناقصة .

الثانية : إذا اقتضت المصلحة العامة إلغاء المناقصة ، وهو أمر تقدره الإدارة ، فقد تؤدى المناقصة إلى تآكل الاعتمادات المالية المخصصة للإدارة ، ومن ثم ترى الإدارة إلغاء المناقصة ، أو تقدر أن اللجوء إلى أسلوب آخر للتعاقد قد يمكنها من تحقيق هدفها وتحقيق المصلحة العامة أكثر من المناقصة .

ويشترط لإلغاء المناقصة فى هاتين الحالتين ما يلى :

١ - أن يكون الإلغاء قبل البت فى المناقصة ، ونرى أن ذلك يكون قبل فتح المظاريف . لأن عمل لجنة فتح المظاريف هو فى حقيقته استهلال

لعمل لجنة البت ، فإذا قامت لجنة فتح المظاريف بعملها فلا يصح إلغاء المناقصة استناداً إلى هاتين الحالتين .

٢- يجب أن يكون قرار إلغاء المناقصة صادرا من السلطة المختصة ويجب تسبيبه ، فإذا صدر القرار بغير تسبيب أو صدر لسبب لم يحدده القانون جاز الطعن عليه بالإلغاء أمام مجلس الدولة على الوجه المبين فى القانون .

وسلطة الإدارة فى إلغاء المناقصة على هذا الوجه ، تعتبر عملاً مشروعاً لا تؤاخذ عليه الإدارة إذا ما كان هذا الإلغاء مطابقاً للشروط التى حددها القانون على الوجه السابق .

ووجه عدم التوازن بين سلطة الإدارة فى إلغاء المناقصة أو غيرها من وسائل التعاقد الأخرى وبين حق مقدم العطاء ظاهر من ناحيتين:

الأولى : أن كثيراً من المناقصات التى تعلن عنها الإدارة تتطلب فى كثير من الأحيان دراسات كثيرة ومتعددة الجوانب قد تكون هندسية أو إنشائية أو اقتصادية . وهو أمر يكلف مقدم العطاء مبالغ طائلة . وهو يفعل ذلك ابتغاء التعاقد مع جهة الإدارة . وعلى ذلك فإن إلغاء جهة الإدارة للمناقصة بعد تقديم العطاءات وقبل البت فيها قد يصيب مقدم العطاء بأضرار بالغة . ولذلك يجب حتى يتوازن مركز الإدارة مع مركز مقدم العطاء أن يكون للأخير حق الحصول على تعويض إن أصابه ضرر من جراء إلغاء جهة الإدارة للمناقصة قبل البت فيها .

الثانية : أن مقدم العطاء يلتزم - بعد تصدير عطائه إلى جهة الإدارة - بعطائه المدة المحددة فى الإعلان عن المناقصة ؛ أى حتى ميعاد فتح المظاريف . ولذلك لا يستطيع أن يرجع فى هذا العطاء أو يسحبه أو

حــتى يغيره ، وهو ما تنص عليه المادة ٥٩ من اللائحة التنفيذية للقانون رقــم ٨٩ لســنة ١٩٩٨ بشــأن المناقصات والمزايدات فى مصر « يبقى العطاء نافذ المفعول وغير جائز الرجوع فيه من وقت تصديره بمعرفة مقدم العطــاء بغــض النظر عن ميعاد استلامه بمعرفة الجهة الإدارية حتى نهاية مدة سريان العطاء المحددة باستمارة العطاء المرافقة للشروط » .

وقــد قضت محكمة القضاء الإدارى فى حكم لها بأن « القاعدة هى أن مقــدم العطاء يلزم بعطائه من وقت تصديره إلى نهاية المدة المحددة فى شــروط العطــاء وهــذه القــاعدة تطبيق للقاعدة العامة فى مجال القانون الخــاص (المــادة ٩٣ مــن القانون المدنى) والتى لم ير المشرع موجباً للخروج عليها فى مجال عقود الإدارة »(١) .

ويترتــب علــى عدم التزام مقدم العطاء بعطائه المدة التى حددتها الإدارة فــى الإعــلان أثــر هــام وهــو مصادرة التأمين الابتدائى المرفق بالعطاء(٢) .

وفــى ذلــك تتبدى المفارقة بين مركز الإدارة وبين مقدم العطاء ؛ الإدارة تستطيع إلغاء المناقصة دون مؤاخذة أو تقرير حق مقدم العطاء فى الــتعويض ، أمــا إذا أراد مقدم العطاء أن يسحب عطاءه أو يغيره فإنه لا يجــوز ذلــك ، وإذا حــدث فإنــه يخســر التأمين الابتدائى الذى قدمه مع عطائه.

---

(١) محكمة القضاء الإدارى : الدعوى رقم ٩٦٥ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٧٩/٦/١٧ .

(٢) جابــر جــاد نصــار : المناقصات العامة – دراسة مقارنة فى القانونين المصرى والفرنســى والقــانون النموذجى للأمم المتحدة – الطبعة الثانية – ٢٠٠٢ – دار النهضة العربية – ص ١٢٦ .

الفرع الثانى

عدم جواز تحويل المناقصة العامة إلى ممارسة عامة

لا شــك أنه فى نظام الممارسة تكون الإدارة أكثر حرية فى اختيار المــتعاقد معهــا ، وإذا كــان القانون الجديد قد سوى بين المناقصة العامة والممارســة العامة من حيث سلطة الإدارة فى اللجوء إلى أيهما كما أخضع الممارســة العامة لذات القواعد التى تخضع لها المناقصة العامة . فإنه فى إطــار نظــام الممارســة العامــة تتوافر للإدارة مرونة أكثر فى مفاوضة وممارســة مقدمــى العطــاءات للتعاقد مع أحدهم إن كانت لجنة الممارسة مخولــة بالتعاقد معهم ، أو رفع تقرير إلى السلطة الأعلى للنظر فى نتيجة الممارسة .

واســتقر مجلــس الدولــة المصرى بشقيه القضائى والإفتائى على عــدم جواز تحويل المناقصة العامة إلى ممارسة . ورجح المشرع المصرى ذلــك ؛ إذ نــص فــى المــادة الأولــى من القانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على « ... ولا يجــوز فــى أيــة حــال تحويل المناقصة إلى ممارسة عامة أو ممارسة محدودة » .

علــى أننا نرى جواز تحويل المناقصة العامة إلى ممارسة عامة ؛ ففــى ذلــك تحقــيق لمصــلحة الإدارة وكذلــك مصلحة من قدم العطاء ؛ للاعتــبارات الســابق بــيانها، والتى تكمن فى التكلفة المالية الكبيرة التى يتكلفها مقدم العطاء حين إعداد عطائه .

كمــا أن الممارســة العامــة تخضع لذات القواعد التى تخضع لها المناقصــة العامة . وإذا كان هذا الحظر له ما يبرره فى ظل القانون الملغى

رقـم ٩ لسـنة ١٩٨٣ والـذى كـان يجعل من المناقصة العامة الأسلوب الأساسـى للتعاقد وأن اللجوء إلى غيرها هو الاستثناء الذى يجب أن يكون مسـبباً – فـإن القانون الجديد للمناقصات العامة رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ قد سـوى بين المناقصة العامة والممارسة العامة وجعل للإدارة حرية اللجوء إلى أيهما وفقا لما تراه .

الفرع الثالث

سلطة الإدارة فى عدم اعتماد الترسية

مـن المسـلم أن إجـراءات المناقصة أو الممارسة أو غيرها من وسائل إبرام التعاقد الإدارى ماهى إلا تمهيد للعقد الذى يبرم فى نهاية الأمر بيـن الإدارة ، والمـتقدم بأفضل العطاءات . وهو ما تقرره محكمة القضاء الإدارى إذ ذهبـت إلى أنه « لا نزاع فى أنه للجهات الإدارية سلطة تقديرية فـى إبرام العقود بعد فحص العطاءات وإرسائها على المتعهدين ، وذلك أن طـرح المناقصة فى السوق وتقديم العطاءات عنها وفحصها وإرسائها على صـاحب أفضل عطاء ، كل ذلك ما هو إلا تمهيد للعقد الذى تبرمه الحكومة مع المتعهد ، ومن ثم فهى تملك كلما رأت أن المصلحة العامة تقضى بإلغاء المناقصـة والعدول عنها دون أن يكون لصاحب العطاء أى حق فى إلزامها بإبرام العقد .. »[١] .

وهو أيضاً ما قررته المحكمة الإدارية العليا فى حكم لها بتاريخ ١٣ فبراير ١٩٦٠ جاء فيه « ... وقرار لجنة البت بإرساء المناقصة على أحد

---

(١) محكمـة القضاء الإدارى : القضية رقم ٢٥١ لسنة ١٣ . فى مجموعة المبادئ . س ١٠ ص ١٨٢ .

المتقدميـن ليس الخطوة الأخيرة فى التعاقد ، بل ليس إلا إجراء تمهيدياً فى عملية العقد الإدارى المركبة ، ثم بعد ذلك يأتى دور الجهة المختصة بإبرام العقد فإذا رأت أن تبرمه فإنها تلتزم بإبرامه مع المناقص الذى عينته لجنة البت واختصاصها فى هذه الحالة اختصاص مقيد ؛ حيث تلتزم بالامتناع عن التعاقد مع غير هذا المتناقص ، ولا تستبدل غيره إلا أنه يقابل هذا الاختصاص المقيد سلطة تقديرية فى حق هذه الجهة فى عدم إتمام العقد وفى العدول عنه إذا ثبتت ملاءمة ذلك لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة .. »[١] .

ويذهب الفقه إلى أن الإدارة تمارس هذا الحق دون أن تلتزم بتسبيب قرارها[٢] . وهو الأمر المسلم أيضاً فى القانون الفرنسى ، حيث تنص المادة ٢٨٧ فقرة ثانية من تقنين العقود الفرنسى على حق سلطة الاعتماد المختصة فى رفض اعتماد نتيجة المناقصة[٣] .

ولا شك أن هذه السلطة المقررة للإدارة فى عدم اعتماد ترسية المناقصة أو الممارسة على العطاء الأفضل بعد هذه الإجراءات الطويلة

---

(١) المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم ٣١٣ س ٤ ق جلسة ١٣ فبراير سنة ١٩٦٠.

(٢) أحمد عثمان عياد : مظاهر السلطة العامة فى العقود الإدارية – رسالة دكتوراه – كلية الحقوق – جامعة القاهرة - ١٩٧٣ – ص ١٨٠ .

عبدالفتاح أبو الليل: أساليب التعاقد الإدارى – ١٩٩٤ – دار النهضة العربية – ص٣١١.

سليمان الطماوى : الأسس العامة للعقود الإدارية – ص ٣١٤ .

(3) De laubader (A) : Traité des contrats administratifs, F. Moderne et p. Delvolvé, 2e éd T.1 . 1983. p. 629 . Quancard: (M):l'adjudication des marches publics de travaux de Fournitures : 1942 , p.p. 175 et s .

والمعقدة والمكلفة تمثل إهداراً لمصلحة مقدم العطاء الأفضل ويخل بالتوازن بينه وبين الإدارة .

وفي الواقع نحن لا نسلم بهذا المنطق ؛ ونرى ضرورة التسليم بانعقاد العقد بمجرد صدور قرار الترسية فهو يجب أن يمثل قبول الجهة الإدارية للإيجاب الذى يتمثل فى تقديم العطاء ، وفى هذه الحالة إن كان القانون قد تطلب ضرورة اعتماد سلطة إدارية ، فان ذلك – لا يمنع فى نظرنا – من انعقاد العقد ، وإنما يعتبر نفاذه موقوفا لحين تحقق الشرط الواقف وهو ضرورة الحصول على موافقة الجهة الأعلى ، هذا الرأى يحقق هدفين ، يتمثل أولهما : فى إثارة مسئولية الإدارة العقدية إن هى نكصت على أعقابها ولم تقبل سريان العقد فى غير الحالات التى حددها القانون ، أما الهدف الثانى : فيتمثل فى تقييد سلطة الاعتماد المختصة فى رفض اعتماد نتيجة المناقصة لغير سبب يعتبره القانون .

ومذهب انعقاد العقد بمجرد الترسية هو ما يأخذ به قانون اليونسترال حيث نصت المادة ٣٥-١ من قانون اليونسترال[١] على أنه « يقبل العطاء الذى يكون قد تم التحقق من أنه العطاء الفائز وفقاً للمادة ٤٢-٤-ب ويعطى إخطار قبول العطاء فوراً إلى المورد أو المقاول الذى قدم العطاء » .

وتنص الفقرة ٢-١ من هذه المادة على أنه « يجوز أن تلزم

---

(١) مشروع قانون الأمم المتحدة يهدف إلى توحيد قواعد المناقصات العامة على المستوى الدولى . فى ذلك مؤلفنا : المناقصات العامة دراسة مقارنة فى القانونين المصرى والفرنسى والقانون النموذجى للأمم المتحدة «اليونسترال» - الطبعة الثانية – ٢٠٠٢ – دار النهضة العربية – ص ٦ .

وثـــائق التماس العطاءات المورد أو المقاول الذى قبل عطاؤه بالتوقيع على عقـــد اشـــتراء كـــتابى مطابق للعطاء ، وفى مثل هذه الحالات توقع الجهة المشترية مع المورد أو المقاول على عقد الاشتراء فى غضون فترة زمنية معقولـــة بعد إرسال الإخطار المشار إليه فى الفقرة (١) من هذه المادة إلى المورد أو المقاول .

وتـــنص الفقـــرة – ب من هذه المادة على أنه « فى حالة اقتضاء التوقـــيع علـــى عقد اشتراء كتابى وفقا للفقرة الفرعية (أ) من هذه الفقرة يصـــبح عقـــد الاشتراء نافذاً متى وقع المورد أو المقاول والجهة المشترية علـــى العقد ، وفى الفترة الواقعة بين إرسال الإخطار المشار إليه فى الفقرة (١) مـــن هـــذه المادة إلى المورد أو المقاول ونفاذ عقد الاشتراء لا يجوز للجهة المشترية ولا للمورد أو المقاول أن يتخذ أى إجراء يتعارض مع نفاذ عقد الاشتراء أو مع أدائه » .

وتنص الفقرة ٣ من المادة ٣٥ على أنه « إذا كانت وثائق التماس العطـــاءات تـــنص علـــى أن عقـــد الاشـــتراء يتطلب موافقة سلطة عليا ، ولا يصـــبح عقـــد الاشـــتراء نافذا قبل صدور هذه الموافقة ، وتحدد وثائق الـــتماس العطـــاءات الفترة الزمنية المقدرة التى يجب أن تفصل بين إرسال إخطـــار قـــبول العطـــاء وبين الحصول على الموافقة » والمستفاد من هذه النصوص ، أن قانون اليونسترال يميز بين نفاذ العقد وبين انعقاده .

فالعقد ينعقد بين الإدارة وبين مقدم العطاء الفائز بمجرد فوز عطائه وإخطـــاره بذلـــك ، على أنه يمكن أن يعلق نفاذ هذا العقد بين جهة الإدارة والمقـــاول أو المـــورد صاحب العطاء الفائز على شرط كتابة عقد بينهما ، ويجـــب أن يكـــون هـــذا العقد مطابقا للعطاء ، وأن تشترط الإدارة ذلك فى

وثائق الإعلان عن المناقصة .

كمـــا يمكـــن لهـــا أن تـــنص فى وثائق الإعلان عن المناقصة على ضرورة موافقة سلطة عليا ، وهنا لا يصبح عقد الاشتراء نافذا إلا بعد تمام هذه الموافقة ، على أن هذا لا ينفى انعقاد العقد بمجرد تحديد العطاء الفائز، ويبقى التصديق على العقد مرحلة أخرى تماما ، إذا تمت فإن العقد ينفذ من تمامهـــا ، وإذا رأت الســـلطة العلـــيا عدم التصديق على العقد أصلا أو فى الموعـــد المحـــدد فـــإن ذلك يؤدى إلى فسخ العقد وإثارة مسئولية الإدارة العقدية .

المطلب الثانى

مظاهر الاختلال فى مرحلة تنفيذ العقد

لعـــل مـــن أهـــم ما يميز العقد الإدارى عن العقد المدنى هو مركز الإدارة فـــيه ؛ فالإدارة فى العقد الإدارى تتمتع بسلطات لا نجد لها مثيلا فى عقود القانون الخاص . ويبرر ذلك دائما بمقتضيات الصالح العام وضرورة سير المرفق العام بانتظام واطراد .

علـــى أنه إذا اقتصر العقد الإدارى على ذلك لم يكن ليستقيم الأمر ، ففـــى مواجهـــة ســـلطات الإدارة توجـــد حقوق للمتعاقد معها . ففضلا عن اســـتحقاقه الثمـــن والذى يعنى المقابل المالى المتفق عليه فى العقد ، فإنه يحق له أن يطالب الإدارة بالتعويضات إن كان لها محل . وحق المتعاقد مع الإدارة فى هذه التعويضات قد يرتبط بضرورة المحافظة على التوازن المالى فـــى العقد الادارى ، وقد يترتب على ارتكاب الإدارة لأخطاء معينة أصابته بضرر .

وعلى الرغم من أن نظرية التوازن المالى فى العقد الإدارى أنشأها القضـــاء الإدارى فـــى فرنســـا وأخـــذ بها القضاء الإدارى المصرى لإقامة العدالة والتوازن بين طرفى العقد . إلا أن ثمت مظاهر تنال من هذا التوازن وتنتقص من فكرة العدالة فيه. وسوف نشير إلى أهم هذه المظاهر كما يلى:

الفرع الأول

تعويض المتعاقد مع الإدارة جزئياً فى الظروف الطارئة

نظـــرية الظـــروف الطارئة تواجه ظروفاً وحوادث غير متوقعة عند إبرام العقد ، وتؤدى إلى أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا للمتعاقد مع الإدارة؛ أو بمعـــنى آخر فإنها تؤدى إلى قلب اقتصاديات العقد ، وتؤدى إلى خسارة غـــير محتملة . ففى مثل هذه الحالة من حق المتعاقد مع الإدارة أن يطالبها بتعويضه جزئياً عن هذه الخسارة .

ونظرية الظروف الطارئة يشترط لتوافرها ضرورة أن يكون الظرف الطـــارئ غير متوقع ولا يمكن دفعه . وعلى ذلك فإن الظرف الطارئ الذى تتطلـــبه نظـــرية الظـــروف الطارئة يعنى الظرف الذى لم يكن فى حسابات المـــتعاقد حيـــن أبرم عقده مع الإدارة كالحرب والكوارث الطبيعية أو قرار الحكومـــة بمنع استيراد سلعة يلتزم بتوريدها أو تخفيض قيمة العملة. فكل هـــذه ظـــروف طارئة لم تكن فى حسابات المتعاقد مع الإدارة وقت إبرام العقد .

ويترتب على نظرية الظروف الطارئة كما تذهب المحكمة الإدارية العليا إلى « ... أن مقتضى تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة هو إلزام

جهـــة الإدارة بمشـــاركة المتعاقد معها فى هذه الخسائر ضمانا لتنفيذ العقد الإدارى تنفيذاً سليما ... » .

ومـــؤدى ذلـــك أن الإدارة لا تعـــوض المـــتعاقد معها عن الظروف الطارئـــة تعويضـــاً كـــاملاً بدعـــوى أن الإدارة لا يد لها فى حدوث الظرف الطـــارئ . والحقـــيقة أن ذلك ليس سبباً جوهرياً يؤدى إلى حرمان المتعاقد مع الإدارة من التعويض الكامل الذى يؤدى إلى تمكينه من تنفيذ العقد تنفيذاً ســـليماً . وهـــو ما نطالب به حتى تتوازن حقوق المتعاقد والتزاماته . وهو الأمـــر الـــذى يـــتفق والأطـــر الجديدة للتعاقد التى نشأت مع اتجاه النظام الاقتصـــادى فـــى الدولـــة حديثا إلى الخصخصة مثل عقود البوت . ونماذج العقود الدولية مثل عقود الفيديك على الوجه الذى سوف يرد فى هذا البحث - بعد ذلك - تفصيلا .

الفرع الثانى

ضرورة أن ترتبط ممارسة الإدارة لسلطاتها فى العقد الإدارى بطبيعـة العقـد وحصول المتعاقد معها على تعويض

إذا كانت سلطات الإدارة فى العقد الإدارى لازمة لضمان حسن تنفيذ العقـــد وتنفيذ المتعاقد مع الإدارة لالتزاماته الناتجة عن العقد ، فإن الواقع يقتضـــى الاعـــتراف بـــأن التطور الحديث الذى أفرزته التطورات السياسية والاقتصـــادية قـــد أفرز صوراً جديدة للعقود الإدارية مثل عقود الإنشاءات الدولـــية التى أصبحت تعقد وفقاً لصيغ سابقة التجهيز مثل عقود الفيديك أو عقـــود الـــ B.O.T بصوره الكثيرة . وهذا الجيل من العقود الإدارية - لا

ســيما عقــود البوت – والتى تعنى أن الملتزم (شركة المشروع) هو الذى ينشــىء المــرفق ويشغله ويعيد ملكيته إلى الجهة الإدارية بعد انتهاء مدة الالــتزام . ففى مثل هذه العقود يجب أن تأخذ الشروط الاتفاقية مساحة أكبر الأمــر الــذى يجــب معه تقييد سلطة الإدارة فى ممارسة سلطاتها فى هذه العقود بصورة تكفل للإدارة أن يكون لها مركزاً متميزاً فى العقد الإدارى مع المحافظة على حقوق المتعاقد معها .

ومــن ناحــية أخــرى ، فإنه يجب أن يرتبط تدخل الإدارة فى العقد الإدارى بحــق المــتعاقد معها فى الحصول على تعويض كامل عن الأضرار التى تلحق به من جراء هذا التدخل أيا كانت هذه الأضرار .

نخلــص مــن جمــاع مــا سبق إلى : أن القضاء الإدارى باعتباره المصــدر الرئيســى لنظريات وقواعد القانون الإدارى بصفة عامة ونظرية العقــود الإدارية بصفة خاصة بحاجة إلى تطور كبير حتى يتلاءم مع تزايد الأهمية العملية للعقود الإدارية فى ظل التحول الاقتصادى الذى تسير الدولة تجاهــه بخطــى ســريعة ومــتلاحقة وذلك حفظا لحق الشعب فى ثرواته وموارده الأساسية .

الفصل الرابع

صور العقود الإدارية

تتعدد صور العقود الإدارية بتعدد موضوعاتها فلم يعد الأمر قاصراً علـــى صور محددة حصراً للعقود الإدارية كما كان الأمر فى السابق . حيث كانـــت العقود الإدارية تكاد تنحصر فى ثلاثة عقود هى عقود الأشغال العامة والالـــتزام والـــتوريد . علـــى أنـــه تبقى هذه العقود الثلاثة هى أهم العقود الإداريـــة ويمثل النظام القانونى الذى يحكمها عصب القواعد القانونية التى تحكـــم نظرية العقود الإدارية بصفة عامة . ولذلك سوف نتناولها بمزيد من التفصيل باعتبارها أهم صور العقود الإدارية .

المبحث الأول

عقـــد الالتزام

يعتـــبر عقـــد الالتزام من أهم العقود الإدارية إن لم يكن أهمها على الإطـــلاق ، فعـــن طـــريقه تعهد الدولة لأحد الأشخاص سواء أكان فرداً أو شركة بإدارة مرفق عام .

إذا يعد عقد الالتزام أسلوباً لإدارة المرافق العامة . فقد ترى الدولة لأسباب كثيرة أن تتخلى عن إدارة المرفق وتعهد به إلى الملتزم .

على أن أهمية عقد الالتزام قد زادت فى الآونة الأخيرة نظراً لاتجاه الدولـــة للاقتصاد الحر وفى هذا الإطار برز دور جديد لعقد الالتزام كوسيلة لتحقـــيق هـــذا الاتجاه فضلا عن ظهور صور جديدة لعقد الالتزام تعهد فيها

الدولـــة للقطـــاع الخـــاص مهمة إنشاء وتشغيل المرفق لمدة من الزمن ثم إعادته مرة أخرى إلى الدولة .

وهـــى مـــا تعرف بعقود البناء والتشغيل والتحويل BOT ، وعقود البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية BOOT .

وفـــى هـــذا الإطار لا تخفى خطورة عقد الالتزام إن هو أبرم لفترة طويلـــة كما حدث بالنسبة لالتزام قناة السويس الذى ابرم أول مرة لتسعة وتسعين سنة وكان سبباً مباشراً فى الاحتلال الإنجليزى لمصر .

وسوف ندرس عقد الالتزام دراسة تفصيلية سواء من حيث تعريفه أم بـــيان طبيعـــته وأخـــيراً الآثـــار التى تترتب عليه ثم نفرد دراسة خاصة للتطور الحديث لعقد الالتزام . وذلك كما يلى :

المطلب الأول

تعريف عقد الالتزام

عرف القانون المدنى المصرى عقد التزام المرافق العامة فى المادة ٦٦٨ منه بالآتى : «التزام المرافق العامة عقد الغرض منه إدارة مرفق ذى صـــفة اقتصـــادية ، ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المـــرفق وبيـــن فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق فترة معينة من الزمن» .

وقـــد عرفت محكمة القضاء الإدارى عقد الالتزام فى حكمها بتاريخ ٢٥ مـــارس ١٩٥٦ بأنـــه « .. التزام المرافق العامة ليس إلا عقداً إدارياً يـــتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحت مسئوليته

المالــية بتكلــيف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية وطبقا للشروط التى توضــع لــه بأداء خدمة عامة للجمهور وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيلائه على الأرباح .

فالالــتزام عقــد إدارى ذو طبيعة خاصة ، وموضوعه إدارة مرفق عام. ولا يكون إلا لمدة محدودة ويتحمل الملتزم بنفقات المشروع وأخطاره المالية ويتقاضى عوضا فى شكل رسوم يحصلها من المنتفعين ..»[1].

وممــا سبق تتضح أهمية عقد الالتزام من حيث أنه يسمح بأن يحل شــخص عــادى محل السلطات العامة فى إدارة مرفق عام على أن التطور الحديــث – مــنذ بداية العقد الأخير من القرن العشرين . ومع اتجاه الدولة إلــى نظــام الاقتصاد الحر وإعطاء الدور الأكبر للقطاع الخاص فى الحياة الاقتصادية تعددت صور عقد الالتزام ولم يعد الأمر يقتصر على مجرد حلول شخص عادى أو شركة محل الإدارة فى إدارة مرفق عام وإنما أصبح الفرد العــادى أو المشــروع يتكفل بداءة بإنشاء المرفق وتشغيله مدة الالتزام ثم يعيده مرة أخرى إلى الدولة وهو الأمر الذى استدعى أن يضبط مجاله بنص دســتورى . فالمــادة ١٢٣ من دستور ١١ سبتمبر ١٩٧١ تنص على أن يحــدد القــانون القواعــد والإجــراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة .

ونظــم المشــرع عقــد الالــتزام بالقانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ والقــانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ . واقتضت التطورات سابق الإشارة إليها أن يصــدر المشرع تعديلات على هذين القانونين تمشيا مع هذه التطورات

---

(١) حكــم محكمة القضاء الإدارى فى ٢٥ مارس ١٩٥٦ المبادئ – السنة العاشرة – ص٢٥٩ .

وبمقتضـــاها عدلت فى قواعد منح الالتزام وحقوق الملتزم ومدة الالتزام . ومـــثال ذلك القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ والقانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ سوف نعرض لأهم أحكام عقد الالتزام فيها بعد تبيان طبيعة عقد الالتزام .

المطلب الثانى

طبيعة عقد الالتزام

ذهبت بعض الآراء إلى تكييف عقد الالتزام بأنه عمل قانونى يصدر مـــن جانب واحد وهو الإدارة ، وأن حقوق المتعاقد مع الإدارة لا تستمد من عقـــد يبرمه باتفاق مع جهة الإدارة وإنما مصدرها العمل القانونى الصادر مـــن الإدارة وحدهـــا . وعلى هذا الأساس فإن الملتزم ليست لـــه حرية فى مناقشـــة بنود عقد الالتزام وإنما كل ما هو لـــه أن يقبل أو يرفض الوثيقة التى تصدرها الجهة الإدارية بإرادتها المنفردة .

على أن الرأى الراجح فى تكييف عقد الالتزام يذهب إلى اعتبار هذه العقود من طبيعة مركبة أى تتضمن شروطاً تعاقدية وأخرى لائحية .

أولاً : الشروط التعاقدية :

وهـــى الشـــروط الـــتى يجرى الاتفاق بشأنها بين الملتزم والإدارة وتخضـــع لقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين وغالبا ما تتصل هذه الشروط بالجوانب المالية للعقد بين الملتزم والإدارة .

ثانياً : الشروط اللائحية :

وهـــى الشروط التى تتصل بإدارة المرفق العام وتنظيمه على وجه

معيــن فالأصل أن الإدارة هى التى تقوم بذلك . وإذا كان عقد الالتزام يخول لها أن تتخلى عن ذلك – لأسباب تقدرها – إلى الملتزم فإن ذلك يكون وفق الشــروط والقيود التى تحددها هى والتى لا تخضع للمساومة أو المفاوضة بينها وبين الملتزم .

وهــذه الشــروط اللائحــية تملك الإدارة دائما تغييرها وتعديلها بما يتلاءم وحاجة المرفق وضرورة انتظامه واطراده فى أداء الخدمة .

وفى ذلك تذهب محكمة القضاء الإدارى فى أحد أحكامها بتاريخ ٢٧ يــناير ١٩٥٧ إلى أن الدولة وهى المكلفة أصلاً بإدارة المرفق العام إذا ما عهدت إلى غيرها أمر القيام بها ، لم يخرج الملتزم فى إدارته عن أن يكون معاونــاً لها ونائبا عنها فى أمر هو من أخص خصائصها ، وهذا النوع من الإنابــة أو بعبارة أخرى هذه الطريقة غير المباشرة لإدارة المرفق العام لا تعــد تنازلاً أو تخليا من الدولة عن المرفق العام ، بل تظل ضامنة ومسئولة قــبل أفراد الشعب عن إدارته واستغلاله وهى فى سبيل القيام بهذا الواجب تــتدخل فى شئون المرفق العام كلما اقتضت المصلحة العامة هذا التدخل ، فــتفرض على الملتزم عبئا جديداً يزيد عما نص عليه الاتفاق المبرم بينها وبيــنه ، أو تعــدل من شروط الالتزام وإدارة المرفق واستغلاله ، وهى فى ذلــك كله لا تستند إلى الالتزام بل إلى سلطتها العامة ، وتحقيقا لغايات هذه الســلطة متمتعة فى ذلك بامتياز وسيادة ينتفى معها كل طابع تعاقدى الأمر الــذى يترتــب علــيه اســتبعاد تطبــيق قواعــد القانون الخاص المتعلقة بالالــتزامات. ولذلــك فان عقد الالتزام ينشئ فى أهم جوانبه مركزاً لائحيا يتضــمن تخويــل الملــتزم حقوقاً مستمدة من السلطة العامة يقتضيها قيام المرفق واستغلاله ، وهذا المركز اللائحى الذى ينشئه الالتزام والذى يتصل

بالمـــرفق العـــام هو الذى يسود العملية بأسرها أما المركز التعاقدى فيعتبر تابعـــاً لــــه وليس من شأنه أن يحول دون صدور نصوص لائحية جديدة تمـــس الالـــتزام ... وأنـــه ولو أن الشروط اللائحية تتقرر باتفاق يبرم بين السـلطة مانحـــة الالـــتزام إلا أن هذا الاتفاق ليس عقدا ولا يترتب عليه التزامات دائنية ومديونية بل هو يقرر قاعدة تنشئ مركزا قانونيا أو لائحيا .. [1] .

وفى حكم لها أكدت المحكمة الإدارية العليا ما سبق « .. أن المسلم بـــه فقهـــا وقضاء أن شروط عقد التزام المرفق العام تنقسم إلى نوعين : شروط لائحية وشروط تعاقدية . والشروط اللائحية فقط هى التى يملك مانح الالـــتزام تعديلهـــا بإرادتـــه المنفردة فى أى وقت وفقا لمقتضيات المصلحة العامة دون أن يتوقف ذلك على قبول الملتزم .. [2] .

وعلـــى الرغم من تسليمنا بالطبيعة المزدوجة للشروط الواردة بعقد الالـــتزام كما يذهب إلى ذلك الفقه الراجح وكما استقرت عليه أحكام القضاء – وعلـــى الوجـــه الذى سبق وبيناه – فإننا نتساءل عن قدرة هذا التقسيم علـــى الصـــمود فـــى وجه التطورات الحديثة لعقد الالتزام والذى يقوم فيها الملتزم بإنشاء المرفق وتشغيله وإعادة ملكيته مرة أخرى إلى الدولة وهذه العقـــود لا تقـــبل بســـهولة فكـــرة التفرقة بين الشروط اللائحية والشروط التعاقدية ولذلك ليس بمستغرب أن تلجأ الدولة إلى إصدار قوانين للاستثناء مـــن أحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ مـــثل القـــانون ١٠٠ لســـنة ١٩٩٦ بـــتعديل أحكام القانون رقم ١٢ لسنة

---

(١) محكمة القضاء الإدارى : بتاريخ ٢٧ يناير ١٩٥٧ المجموعة س١١ ص١٦٠ .

(٢) المحكمة الإدارية العليا : بتاريخ ٣٠ ديسمبر ١٩٧٧ قضية ١١٠ س١٣ المجموعة م ٢٣ ص٢٧ .

١٩٧٦ بإنشاء هيئة كهرباء مصر والقانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦ بتعديل بعـض أحكـام القـانون رقـم ٨٤ لسنة ١٩٦٨ بإنشاء الطرق العامة ، والقـانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ فى شأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال مطارات وأراضى النزول .

إن هذه الاستثناءات التى أوشكت أن تصبح القاعدة العامة فى منح الالـتزام تبتغى إعطاء الدور الأكبر للشروط التعاقدية فى عقد الالتزام على حساب الشروط اللائحية .

المطلب الثالث

النظام القانونى لعقد الالتزام

نظـراً لأهمـية عقـد الالـتزام فقد حرص المشرع على تنظيم أهم جوانـبه بالقانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ ووفقا لأحكامهما يتحدد النظام القانونى لعقد الالتزام كما يلى :

أولاً : السلطة المانحة للالتزام :

حـددت المـادة الأولـى من القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ السلطة المانحة للالتزام كما يلى :

أ- يكـون منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة بقرار من رئيس الجمهورية وبعد موافقة مجلس الشعب .

ب- بالنسـبة لمـوارد الثروة المائية ومناطق صيد الطيور التابعة لـوزارة الحربية فيكون منح الامتياز الخاص باستثماراتها بقرار من وزير

الدفاع إذا لم تتجاوز مدته خمس سنوات .

وعلى ذلك فإن مجال إعمال هذا الاستثناء محكوم بشرطين الأول أن تكـــون المـــوارد محل العقد تابعة لوزارة الحربية وآلا تتجاوز مدة الامتياز خمـــس ســـنوات فإذا تخلف أحد الشرطين فإن منح الامتياز فى هذه الحالة يجب أن يكون بقرار من رئيس الجمهورية وبعد موافقة مجلس الشعب .

ثانيا : مدة الالتزام

تتميز مدة عقد الالتزام بأنها طويلة نسبياً . فقد حددها القانون رقم ١٢٩ لســـنة ١٩٤٧ بثلاثيـــن عاماً . ومرد ذلك أن هذا الزمن الطويل الذى يستغرقه عقد الالتزام يكفل للملتزم أن يسترد ما أنفقه من أموال على إنشاء أو تحسين المرفق .

وهـــذا التحديد الذى أتى به القانون أنهى عرفا كان يجرى بمقتضاه مـــنح الالتزامات لمدة كبيرة كانت تصل إلى ٩٩ سنة ولعل أشهر التزام فى الـــتاريخ هو التزام قناة السويس إذ أبرم لمدة ٩٩ سنة ولا يخفى على أحد مـــا سببه هذا العقد من كوارث لمصر ابتداء من التدخل الأجنبى فى شئونها إلـــى إغـــراء حكامهـــا آنذاك بالاقتراض بضمان قناة السويس حتى غرقت الحكومة آنذاك فى الاستدانة . وتبع ذلك الاحتلال البريطانى لمصر .

ومـــن العجـــب ان نعود مرة أخرى إلى إطالة مدة الالتزام إلى تسع وتسعين سنة كما حدث بالنسبة للقانون ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦ بشأن التزامات الطـــرق العامـــة والقـــانون ١٠٠ لســـنة ١٩٩٦ بشأن التزامات الكهرباء والقـــانون ٣ لسنة ١٩٩٧ بشأن منح الالتزامات لإدارة واستغلال المطارات وأراضى النزول .

ولا شـك أن هـذه العودة غير الحميدة لا تتفق مع الفكر القانونى الحديث الذى يأبى أن يظل عقد بالغ ما بلغت أهميته ممتداً عبر الزمن لمدة قـرن مـن الـزمان يقيد أجيالاً من بعدها أجيال . وتبلغ الخطورة مداها إن تعلق مثل هذا العقد بالموارد الطبيعية أو الحيوية لشعب من الشعوب .

المطلب الرابع

آثار عقد الالتزام

يرتـب عقـد الالـتزام حقوقـاً لطرفيه ، وهى حسب ما نص عليه القانون رقم ١٢٩ كما يلى :

أولاً : حقوق السلطة مانحة الالتزام :

حدد القانون السلطة مانحة الالتزام فى ثلاثة حقوق كما يلى :

١- حق الرقابة على إنشاء وإدارة المرفق العام :

فالمـادة السـابعة مـن القانون تنص على أنه «لمانح الالتزام أن يراقـب إنشـاء المـرفق العام موضوع الالتزام وسيره من النواحى الفنية والإدارية والمالية» .

فحـق الإدارة فـى الرقابة على المرفق العام موضوع الالتزام حق ثابـت لهـا سواء عند إنشائه أو أثناء تسييره وذلك راجع إلى طبيعة عقد الالـتزام والـذى من خلاله تعهد الإدارة إلى شخص عادى بإدارة المرفق . وهو حق مسلم به حتى فى حالة عدم النص عليه فى وثيقة الالتزام .

كما أن حق الرقابة يشمل جميع الأعمال التى تتصل بالمرفق سواء

تعلقت بالنواحى الفنية فى إنشائه أو تسييره أم بالنواحى المالية . وللإدارة أن تعهـد إلـى أى جهة تراها ممارسة هذه الرقابة أو تشكيل لجنة تختص بذلك . أو نعيين مندوبين ينوبون عنها فى مراقبة إنشاء المرفق وتسييره . ويجـب على الملتزم أن يمكن الإدارة أو من ينوب عنها فى ممارسة مهمته الرقابـية ، وعلـيه تقديم كافة البيانات أو الأوراق التى تطلبها الجهة التى تمارس الرقابة .

٢- حق الإدارة فى تعديل النصوص اللائحية بالإرادة المنفردة :

لمـا كانت الشروط اللائحية فى عقد الالتزام شروطاً مقررة من قبل الإدارة مانحـة الالتزام ولم تكن محل مفاوضة من قبل الملتزم بل عليه أن يقـبلها كما هى فإنه يبقى للإدارة فى كل حين تعديل هذه الشروط حسب ما تتطلبه مصلحة المرفق العام وضرورة انتظامه . وهو ما تنص عليه المادة الخامسـة مـن القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ «لمانح الالتزام دائما متى اقتضـت المنفعة العامة أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام أو قواعد استغلاله وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به وذلك مع مراعاة حق الملتزم فى التعويض إن كان له محل» .

وعلـى ذلـك فإن سلطة الإدارة فى تعديل هذه الشروط والتغيير فى ظـروف تنفيذ العقد يستوجب تعويض الملتزم بحيث لا يتحمل وحده النتائج الـتى يمكن أن تترتب على هذا التعديل . وفى ذلك تذهب المحكمة الإدارية العليا فى حكمها بتاريخ ١٩٧٧/١٢/٣٠ « .. ومن حيث إن المسلم به فقها وقضـاء أن شـروط عقـد التزام المرفق العام تنقسم إلى نوعين : شروط لائحـية وشـروط تعاقديـة . والشـروط اللائحية فقط هى التى يملك مانح الالـتزام تعديلهـا بإرادتـه المنفردة فى أى وقت وفقا لمقتضيات المصلحة

العامـــة دون أن يتوقف ذلك على قبول الملتزم . والمسلم به أن التعريفة أو خطـــوط الســـير وما يتعلق بهما من الشروط اللائحية القابلة للتعديل بإرادة مـــانح الالتزام المنفردة ، غير أنه وإن كان استعمال مانح الالتزام لحقه فى تعديـــل وقواعـــد الـــتعريفة أو خطوط السير لصالح المنتفعين إلا أن إيثار الصـــالح العـــام علـــى الصـــالح الخاص للملتزم ليس معناه التضحية بهذه المصـــالح الخاصـــة بحيث يتحمل الملتزم وحده جميع الأضرار ، فإذا ترتب علـــى هـــذا التعديل إضرار بالملتزم فعلى مانح الالتزام أن يعوضه بما يجبر هذا الإضرار .

٢- حق الإدارة مانحة الالتزام فى استرداد المرفق قبل نهاية مدته :

وهـــذا الحـــق أيضا مقرر للإدارة مانحة الالتزام ، حيث إن استرداد المرفق قبل مدته إنما يعنى عودة إلى الأصل العام والذى يقضى بأن الإدارة هـــى الـــتى تقوم بإدارة المرفق بنفسها . وهو حق أصيل لها حتى ولو لم ينص عليه فى وثيقة الالتزام .

وتـــنص المادة ٤ من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ على « يجب أن تحدد وثيقة الالتزام شروط وأوضاع استرداده قبل انتهاء مدته » .

ويترتب على استرداد الإدارة للمرفق قبل انتهاء مدته ما يلى :

- حق الملتزم فى الحصول على التعويضات المناسبة .
- رجـــوع المرفق إلى الإدارة مانحة الالتزام خالية من الالتزامات قبل الغير ما لم تقبل الإدارة صراحة أن تحل محل الملتزم فى ذلك .

ثانياً : حقوق الملتزم :

للملتزم فى عقد الالتزام حقوقا تتمثل فيما يلى :

١- حق اقتضاء مقابل :

ويعتبر هذا الحق أساسياً بالنسبة للملتزم فهو يقوم مقام الإدارة فى إنشاء أو تسيير المرفق العام مقابل أن يقتضى هذا المقابل .

وللملتزم أن يحدد المقابل الذى يحصل عليه من المنتفعين على أنه يجب ألا يغالى فى ذلك وإلا كان للجهة مانحة الالتزام إن ترد هذا المقابل إلى حدوده المعقولة .

وضمانا لعدم التجاوز نصت المادة الثالثة من القانون ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ على أنه لا يجوز أن تتجاوز حصة الملتزم السنوية فى صافى أرباح استغلال المرفق العام عشرة فى المائة من رأس المال الموظف والمرخص به من مانح الالتزام وذلك بعد خصم مقابل استهلاك رأس المال .

٢- حق الحصول على المزايا التى يقررها مانح الالتزام :

للملتزم أن يحصل على المزايا التى تقررها الجهة مانحة الالتزام ، وتدخل هذه المزايا فى إطار الشروط التعاقدية التى يجب أن يتفق عليها بين الملتزم والجهة مانحة الالتزام . وهذه المزايا قد تكون مالية تتعلق بتقديم قروض أو تسهيلات مالية أو تقديم قطعة أرض إليه لبناء المرفق أو التزام الجهة مانحة الالتزام بعدم التعاقد مع غيره فى نطاق عمل المرفق . وهذه المزايا هى مزايا اتفاقية بين الطرفين لا يستطيع الملتزم أن يزيدها أو يغيرها من تلقاء نفسه .

٣- حق الملتزم فى ضمان التوازن المالى للعقد :

إن استخدام الإدارة مانحة الالتزام فى تعديل وتغيير بنود عقد الالتزام كما هو مقرر لها قد يترتب عليه إلحاق إضرار بالملتزم . فإنه يبقى

على الإدارة أن تجبر هذه الأضرار بما يؤدى إلى ضمان التوازن المالى لعقد الالـــتزام بين حقوق الملتزم وواجباته وفى ذلك ضمان للمصلحة العامة لأن به يستطيع الملتزم أن يفى بالتزاماته فى تقديم الخدمة إلى المنتفعين .

ثالثاً : **حقوق المنتفعين فى عقد الالتزام** :

قـــد تكـــون حقوق المنتفعين الناشئة عن عقد الالتزام فى مواجهة الإدارة أو فى مواجهة الملتزم .

ففـى مواجهـة الإدارة : تلـــزم الإدارة بـــأن تراقب حسن سير المرفق وقـــدرة الملـــتزم على إدارته والتزامه بالقواعد الحاكمة فى نشاط المرافق العامـــة أهمهـــا المساواة بين المنتفعين بخدمات المرفق وعدم المغالاة فى أسعار الخدمات التى يؤديها المرفق تحت إدارة الملتزم . فلا يجوز أن تعهد الإدارة إلـــى الملتزم بإدارة المرفق ثم تتركه دون رقابة . فهذه الرقابة هى التى تضمن استفادة الجمهور بخدمات المرفق .

أمـا فـى مواجهـة الملـتزم : فـــإن أولـــى هـــذه الحقوق أن يؤدى إلى المنتفعين الخدمة حسب ما تنص عليه شروط العقد المبرم بينه وبين الجهة مانحـــة الالـــتزام . وهـــو الأمر الذى تنص عليه المادة ٦٦٩ من القانون المدنى «ملتزم المرفق العام يتعهد بمقتضى العقد الذى يبرمه مع عميله بأن يؤدى لهذا العميل على الوجه المألوف الخدمات المقابلة للأجر الذى يقبضه وفقـــا للشروط المنصوص عليها فى عقد الالتزام وملحقاته وللشروط التى تقتضيها طبيعة العمل ويقتضيها ما ينظم هذا العمل من القوانين» .

المطلب الخامس

التطور الحديث لعقود الالتزام

إزدادت أهمـــية العقـــود الإداريـــة فـــى العصر الحديث سواء على المســـتوى الداخلـــى نظراً لاتجاه الدولة إلى الاقتصاد الحر والاعتماد أساساً على القطاع الخاص . ففى ظل هذا النظام بدت بعض العقود الإدارية أسلوبا للخصخصـــة . فعوضـــا عـــن بـــيع وحدات قطاع الأعمال العام فإن الدولة تستطيع عن طريق عقد الالتزام وغيره من عقود الخدمات أن تعهد بإدارتها إلـــى القطـــاع الخاص وفقا لنظام يتفق عليه أطراف العقد . هذا فضلاً عن وظيفة العقد الأساسية والتى عن طريقه يكون للإدارة أن تتعاقد على شراء المـــنقولات أو على مقاولات الأعمال أو النقل أو تلقى الخدمات والدراسات الاستشارية والأعمال الفنية .

وعلـــى المســـتوى الدولـــى ؛ فإن إتجاه النظام الدولى إلى العولمة وتحريـــر التجارة الدولية بين الدول وكفالة حرية تداول رؤوس الأموال بين الـــدول المختلفة . بدا معه العقد الوسيلة الأساسية لذلك واهتمت لجان الأمم المـــتحدة فى إطار مشروعات قوانين نموذجية تدعو الدول للأخذ بها وذلك للتقريـــب بيـــن الـــنظم القانونية المختلفة حتى تضمن هذه الآليات تشجيع الاســـتثمار وانـــتقال رؤوس الأموال بين دول العالم وفى هذا الإطار نشأت صـــور جديـــدة وأنظمـــة قانونية حديثة مثل التحكيم والبوت وعقود الفيدك وغيرها .

هذه الآليات الحديثة أصبح الأخذ بها ضرورة إذ أنها أصبحت آلية مهمة مـــن آلـــيات الاستثمار الأجنبى ونقل التكنولوجيا بين الدول . وعقود البناء

والتشــغيل ونقــل الملكية B.O.T أحد هذه الآليات ؛ وهى تعنى أن شركة المشــروع تقوم ببناء مرفق عام وتشغيله مدة العقد ثم بعد ذلك تنقل ملكيته إلـــى الدولـــة المضيفة . وهى فكرة ليست جديدة تماما فقد كان أول تطبيق لهــذه العقــود مــنذ ما يزيد عن قرن من الزمان يتمثل فى عقد التزام قناة السويس وقد أبرم لتسعة وتسعين عاماً .

وإذا كــان لعقــود البوت منافعها الاقتصادية فإن لها أيضا مخاوفها ومخاطــرها سواء من الناحية الاقتصادية أم من الناحية السياسية . ويبقى فـــى نهاية الأمر تحقق هذه المنافع أو توقى هذه المخاوف مرتبط بضرورة ضبط اللجوء إلى هذه الوسيلة .

وتأتى هذه الدراسة فى ظل تطبيقات متزايدة لعقود البناء والتشغيل ونقــل الملكــية B.O.T فى مصر فى مجالات عديدة تشكل مفاصل رئيسية للاقتصـــاد القومـــى مـــثل المطــارات ومحطــات المياه والصرف الصحى والكهرباء والبترول والطرق وغير ذلك .

الأمر الذى يؤكد أهمية الدراسة وضرورتها .

وســـوف نلقـــى الضـــوء علـــى بعـــض جوانب هذا النظام وبعض التطبيقات التى حدثت فى مصر عبر النقاط الآتيـــــة :

أولاً : ماهية عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T .

ثانياً : أشكال عقود البوت .

ثالثاً : الطبيعة القانونية لعقود البوت .

رابعاً : عقود البوت بين المنافع والمخاوف .

خامساً : غياب التنظيم التشريعى الشامل لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية واللجوء إلى المعالجة الجزئية .

أولاً : ماهية عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T.

تمــثل عقــود الــبوت B.O.T ، بــتفريعاتها الكثيرة أطوراً جديدة ومســتحدثة من العقود الإدارية . وقد تكون بعض هذه الصور عرفت قديما – كمـا ســوف يتضح لنا فيما بعد – إلا أنه من الملاحظ أن هذه العقود قد تعــددت صــورها فضــلاً عن كثافة اللجوء إليها وهو أمر فرضه الواقع . ولذلــك يــبقى مهماً تحديد ماهية هذه العقود سواء بتعريفها أم بتحديد أهم صــورها ، وكذلــك تحديد طبيعتها القانونية ، وما يترتب عليها من منافع للدولة المضيفة وما يرتبط بها من مخاوف . ثم بعد ذلك ينبغى تحديد الإطار القانونى لعقود البوت .

تعريف عقود البناء والتشغيل ونقل الملكيةالـ B.O.T

يقصــد بمشروعات البوت تلك المشروعات التى تعهد بها الحكومة إلى إحدى الشركات وطنية كانت أو أجنبية وسواء أكانت شركة من شركات القطــاع العــام أم القطاع الخاص (وتسمى شركة المشروع) ؛ وذلك لإنشاء مــرفق عــام وتشغيله لحسابها مدة من الزمن ثم نقل ملكيته إلى الدولة أو الجهة الإدارية .

واصــطلاح الــبوت B.O.T هو اختصار لكلمات إنجليزية ثلاث : البــناء Build والتشــغيل operate ونقل الملكية Transfer . وعرفت لجــنة الأمــم المتحدة للقانون النموذجى (الانسترال) عقود البناء والتشغيل ونقــل الملكية بأنها شكل من أشكال تمويل المشاريع تمنح بمقتضاه حكومة ما لفترة من الزمن أحد الاتحادات المالية الخاصة ، ويدعى شركة المشروع امتيازًا لتنفيذ مشروع معين ، وعندئذ تقوم شركة المشروع ببنائه وتشغيله وإدارتــه لعدد من السنوات وتسترد تكاليف البناء وتحقق أرباحاً من تشغيل

المشروع واستغلاله تجارياً ، وفى نهاية مدة الامتياز تنتقل ملكية المشروع إلى الحكومة[1] .

وتتــبدى المميزات الأساسية لنظام عقود البناء والتشغيل ثم إعادة الملكية B.O.T فى أنه يقدم حلاً لمشكلة تمويل مشروعات البنية الأساسية دون أن تضــطر الدولــة إلى اللجوء للاقتراض أو فرض مزيد من الأعباء على مواطنيها . أو تحميل الموازنة العامة مزيداً من الأعباء .

وفضــلاً عــن ذلــك ، فــإن هــذا النظام يمكن الحكومة أو الجهة الإدارية من تقديم خدمة أساسية للمواطن بإنشاء المرافق العامة .

وعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية وجدت مجالات عديدة أهمها[2]:

١- مشــروعات البنية الأساسية المتعلقة بالمرافق العامة الأساسية والــتى كانــت تضطلع الدولة بالقيام بها أساساً ، من أمثلة ذلك المطارات ومشروعات الطرق والكبارى ومحطات الكهرباء .

---

(١) جمــال الديــن نصار : تنفيذ مشروعات البنية الأساسية باستخدام نظام البوت – ٢٠٠٠ – ص ١٠ ؛ محمد أبو العينين : انتشار الاتجاه إلى اقامة مشروعات البنية الأساسية فى الدول النامية عن طريق نظام البوت B.O.T بحث مقدم إلى المؤتمر الدولى عن مشروعات البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت) ومقومات نجاحها فى مصر – مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى – القاهرة ١٤-١٦ نوفمبر ١٩٩٩ ص ٣ ؛ محمد متولى : التنظيم التشريعى لعقود البناء والتشغيل والتمويل B.O.T بحــث منشــور فى كتاب إدارة مشروعات البنية الأساسية باستخدام نظام البناء والتشغيل والتمويل B.O.T . تحرير محمد متولى – الجزء الأول - ٢٠٠١ ص ٥ .

(٢) محمــد محمــد بدران : نحو آفاق جديدة للخصخصة – مذكرات لطلبة دبلوم العلوم الإدارية – كلية الحقوق – جامعة القاهرة – ١٩٩٩- ص ٣ .

٢- المجمعـات الصناعية : حيث يعهد إلى القطاع الخاص بإنشاء هـذه المجمعات وإدارتها ثم إعادتها بعد انتهاء مدة العقد إلى الدولة . على أنـه مـن الملاحظ أن القطاع الخاص لا يقبل على مثل هذه المشروعات . بنظام البوت B.O.T .

٣- اسـتغلال واستصـلاح الأراضى المملوكة للدولة ملكية خاصة كإقامـة مشـروعات التنمية العمرانية أو استصلاح الأراضى الزراعية أو إقامة مشروعات رى أو غير ذلك .

علـى أنـه يلاحظ أن المجال الرئيسى الذى طبقت فيه عقود البناء والتشغيل وإعادة الملكية هو إنشاء المرافق العامة مثل إنشاء المطارات أو محطات الكهرباء أو محطات المياه .

وإذا كـان نظـام البوت B.O.T ومشتقاته قد ارتبط ظهوره بهذه الكـثافة مـع اتجـاه اقتصاديات دول العالم المختلفة - ومنها مصر - إلى الاقتصـاد الحـر ، والاتجاه نحو خصخصة القطاع العام . فإنه ليس نظاماً جديـداً تماماً ، وإنما هو نظام قديم ترجع نشأته إلى منتصف القرن التاسع عشـر وأوائـل القـرن العشـرين(١) فقد نشأت فى فرنسا على شكل عقود امتياز المياه (ببريه اخوان) . وفى مصر كان مشروع قناة السويس وبلغت مدتـه تسـعاً وتسـعين سنة وهو يعد أول مشروع بوت فى مصر ، وتبعه مشـروعات أخرى كثيرة مثل شركة ليبون للغاز ، وشركة سكك حديد الدلتا الضـيقة وشـركة مصـر الجديـدة وواحات عين شمس ، وشركة المقطم والمنـتزه وشركة ماركونى للراديو والتليفونات وشركة الترام والاتوبيس ،

(١) خـالد بـن محمـد عبدالله العطية : النظام القانونى لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية - رسالة ماجستير - كلية الحقوق - جامعة القاهرة - ص ٤ .

وشركة كافورى للنقل فى الدلتا وشركة ترام الاسكندرية وشركة أبو رجيلة للنقل العام بالقاهرة[١] .

وعقـد البناء والتشغيل ونقل الملكية يعتبر فى حقيقته مجموعة من العقود المركبة أى أن العقد يتضمن فى داخله حزمة من التعاقدات المختلفة والمـتعددة الأطراف . وحتى يمكننا فهم طبيعته القانونية فإننا سوف نلقى الضوء على طرفىْ هذا العقد . وهما الجهة الإدارية وشركة المشروع .

الجهة الإدارية :

فالطـرف الأول فى عقد البناء والتشغيل وإعادة الملكية هو الجهة الإدارية وهى الحكومة أو إحدى الوحدات التابعة لها . ورغم وضوح معنى الجهـة الإدارية التى تكون طرفاً فى العقد فإن الأمر يستدعى توضيح بعض الأمور كما يلى[٢] :

١- إن مفهـوم الإدارة الـتى يسـتلزم أن ، تكون طرفا فى العقد الإدارى يشـمل الأشـخاص المعنوية العامة ، وهى إما أشخاص إقليمية أى تحـدد على أساس إقليمى ، كالدولة والمحافظات والمراكز والمدن والأحياء وإما أشخاص مرفقية تحدد على أساس ممارسة نوع معين من النشاط مثل الهيـئات العامـة وإمـا أشخاص عامة مهنية كالنقابات والتى اعترف لها القضاء الإدارى سواء فى فرنسا أو فى مصر بالشخصية المعنوية .

٢- تكـون الجهة الإدارية - بالوصف السابق - طرفاً فى العقد إذا

---

(١) محمـود محمـد فهمـى : عقود الـ B.O.T وتكييفها القانونى - مؤتمر البناء والتشغيل ونقل الملكية - B.O.T -- القاهرة - ٢٧، ٢٨ يناير - ٢٠٠١- ص٣.

(٢) جابـر جاد نصار : الوجيز فى العقود الإدارية - ٢٠٠٠ - دار النهضة العربية - ص ١٨ .

أبـــرم بين شخصين من أشخاص القانون الخاص إذا كان أحد أطرافه يتعاقد لحســـاب شخص معنوى عام . ففى مثل هذه الحالة يكون الشخص الخاص وكـــيلا عن الإدارة يتصرف لحسابها ويعمل نيابة عنها فى إبرام العقد ، وقد تكون ضمنية تستخلص من صياغة العقد وظروف تنفيذه . وعلى الرغم من استقرار القضاء الإدارى فى مصر وفرنسا على ذلك ، تطبيقاً للقواعد العامة فـــى الوكالـــة فإن تصور حدوث هذا الفرض يكون صعبا ؛ وذلك راجع إلى تعقد الاتفاقات المتعلقة بعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية .

علـــى أن التســـاؤل الذى يطرح نفسه فى هذا المقام هو هل يجوز الالتجاء إلى نظام البوت B.O.T لتنفيذ مشروعات لصالح القطاع الخاص؟ بمعنى أن الجهة الإدارية لا تكون طرفاً فى العقد .

يذهـــب البعض[١] - بحق - إلى أنه ليس هناك فى المنطق القانونى ما يمنع حدوث ذلك ؛ كأن يلجأ أحد النوادى أو إحدى الجمعيات الخاصة أو شركة من شركات القطاع الخاص إلى إبرام عقد بوت . ذلك أن هذه العقود هـــى عقود جديدة وتعتبر وسيلة مشروعة لتلبية احتياجات هذه الجهات أو الشـــركات . علـــى أن هذا العقد يكون فى كل أحواله عقداً مدنيا يخضع فى أحكامه لما اتفق عليه الأطراف وقواعد القانون المدنى .

٢- شركة المشروع .

تعتـــبر شـــركة المشـــروع الطرف الرئيسى الثانى فى عقود البناء والتشـــغيل ونقـــل الملكية . وهى التى تلتزم بأن تبنى وتشغل وتنقل ملكية المشروع بعد انتهاء مدته إلى الدولة مرة أخرى وبحالة جيدة .

---

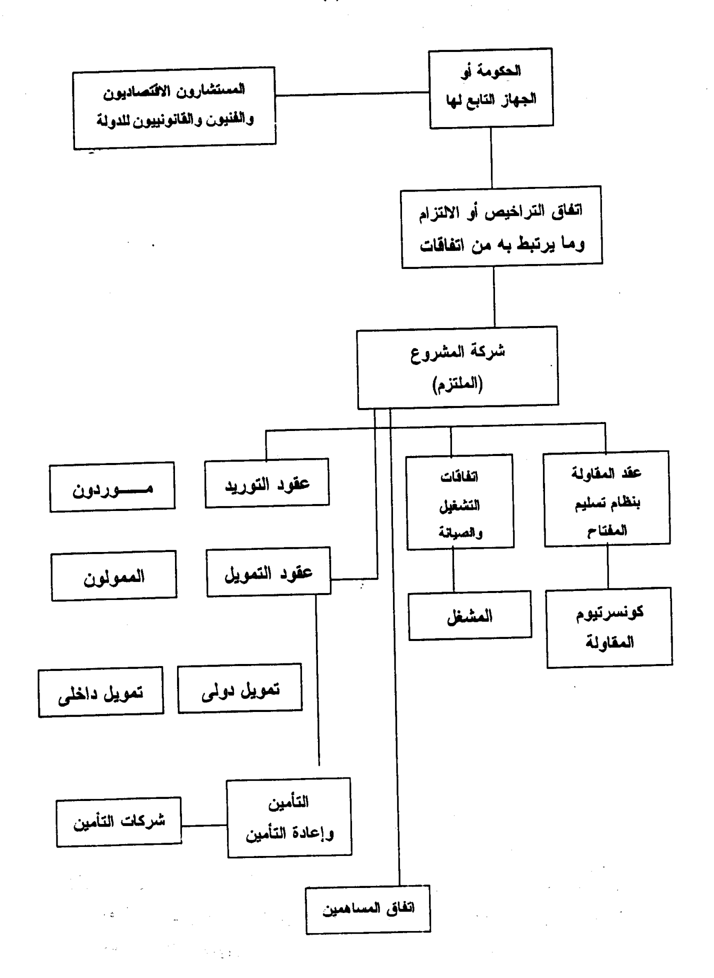
(١) محمود فهمى: عقود الـــ B.O.T وتكييفها القانونى - المرجع السابق - ص ٢.

على أن ذلك يتم عادة عبر شبكة أو سلسلة من التعاقدات التى تبرم فى إطار العقد الرئيسى وبين متعاقدين آخرين. ويعتمد نجاح عقد البوت فى تحقيق هدفه على ترابط هذه العقود وعدم تعارضها ؛ فلكل عقد من هذه العقود دور يؤديه ومتعاقد يؤدى هذا الدور حسب ما ينص عليه العقد الرئيسى والتعاقدات اللاحقة به ومن ذلك بالإضافة إلى شركة المشروع التى أسسها المستثمرون والتى تلتزم أساساً بالبناء والتشغيل ونقل الملكية ، الاستشارى الذى يجرى دراسات الجدوى والمقاول الذى يتولى تصميم وإنشاء الأعمال ، والمهندس الذى يقوم بالإشراف على إنشاء الأعمال ومورد المعدات ومورد الوقود والكهرباء وعقود التمويل بين المستثمر ومجموعة البنوك التى تقوم بتوفير التمويل اللازم وغير ذلك . وفى هذا النطاق قد تتعارض المصالح بين هذه الأطراف إلا أنه يبقى ضرورة أن تعمل هذه التعاقدات الجانبية نحو تحقيق هدف العقد الأصلى هو بناء المرفق وتشغيله ثم نقل ملكيته مرة أخرى ، إلى الجهة الإدارية .

وقد رصد البعض[١] العلاقات المتشابكة والمرتبطة بتنفيذ مشروعات البوت كما يلى :

---

(١) هانى صلاح سرى الدين : الإطار القانونى لمشروعات البنية الأساسية التى يتم تمويلها عن طريق القطاع الخاص بنظام البناء والتملك والتشغيل والتمويل فى مصر – مجلة القانون والاقتصاد – العدد ٦٩ – ١٩٩٩ – ص ١٧٤ .



الحكومة أو
الجهاز التابع لها
المستشارون الاقتصاديون
والفنيون والقانونيون للدولة
اتفاق التراخيص أو الالتزام
وما يرتبط به من اتفاقات
شركة المشروع
(الملتزم)
عقد المقاولة
بنظام تسليم
المفتاح
اتفاقات
التشغيل
والصيانة
عقود التوريد
مـــوردون
كونسرتيوم
المقاولة
المشغل
عقود التمويل
الممولون
تمويل دولى
تمويل داخلى
التأمين
وإعادة التأمين
شركات التأمين
اتفاق المساهمين

الخلفية الاقتصادية لنظام البوت :

ارتـــبط انتشـــار وذيـــوع عقـــود البـــناء والتشغيل وإعادة الملكية B.O.T مـــع اتجـــاه الدولة نحو الخصخصة والتخلص من وحدات القطاع العام والحد من دور الدولة فى النشاط الاقتصادى ، وضرورة تطبيق آليات جديـــدة لتنشيط استثمارات القطاع الخاص فى مشروعات البنية الأساسية . ويعتـــبر نظـــام الـــبوت B.O.T أهم هذه الآليات التى لاقت قبولا وتأييداً ومســـاندة مـــن قـــبل البنك الدولى كاستراتيجية لزيادة الكفاءة من ناحية وخفض الأعباء عن الموازنة العامة ، ودعم وتنمية القطاع الخاص من ناحية أخرى[١] .

وعلـــى ذلـــك فـــإن هذه العقود إنما يرجع ظهورها أساساً إلى فكرة اقتصـــادية باعتبارها آلية من آليات تمويل مشروعات البنية الأساسية[٢] . علـــى أن اللجوء إليها فى إقامة مشروعات البنية الأساسية لا يرتبط بالدول النامـــية الـــتى تعـــانى من اضطراب فى موازنتها العامة . وإنما هو أيضاً وســـيلة تلجأ إليها الدول الصناعية الكبرى نظراً لمزاياه الاقتصادية الكثيرة؛ فهو يوفر أساليب تمويلية جديدة لتمويل مشروعات البنية الأساسية لتحقيق التنمـــية الاقتصادية . كما أنه يؤدى إلى تخفيض الإنفاق الحكومى ويساعد الدولة على توجيه مواردها إلى قطاعات أخرى أكثر أهمية .

---

(١) رشدى صالح عبدالفتاح صالح : دور البنوك فى تمويل مشروعات البنية الأساسية بـنظام الـبوت B.O.T بحـث منشور فى كتاب إدارة مشروعات البنية الأساسية باستخدام نظام البناء – والتشغيل – التمويل ، تحرير محمد متولى – ٢٠٠١ – ص ١٢٣ .

(٢) سامى عبدالباقى أبو صالح : البنيان التعاقدى لمشروعات الـ B.O.T بحث مقدم إلى الدورة التدريبية بمركز البحوث والدراسات الإدارية – كلية الحقوق – جامعة القاهرة – ١٣ ، ١٤ اكتوبر ٢٠٠١ .

ولذلـك فإن الكثيرين يعتبرون عقود الـ B.O.T أسلوبا ووسيلة لتمويل مشروعات البنية الأساسية فى الدولة .

ثانياً : أشكال عقود البوت

عقـود البناء والتشغيل ونقل الملكية ليست شكلاً واحداً وإنما تتعدد صورها وتتباين .

فعـلاوة علـى الصـورة الرئيسية التى تعنى البناء والتشغيل ونقل الملكـية ، فـإن الواقع العملى أفرز صوراً جديدة ومغايرة فى بعض أو كل العناصر التى يتكون منها العقد . ومن هذه الصور :

١- البناء والتمليك والتشغيل ونقل الملكية B.O.O.T :

وفى إطار هذا العقد فإن شركة المشروع تقوم ببناء المرفق وتملكه وإدارتـه وتشغيله طوال مدة العقد . وتختلف هذه الصورة عن صورة الـ B.O.T فـى أنها تتيح لشركة المشروع ملكيته مدة العقد. ويذهب البعض إلـى عـدم الـتفرقة بين الصورتين B.O.T و B.O.O.T بينما يميز آخـرون بيـنهما علـى اعتبار أن الفرق الأساسى فى ذلك يكمن فى ملكية المشـروع وقـت إنشـائه وتشـغيله ، ففى حين تكون هذه الملكية لشركة المشـروع فـى عقد الـ B.O.O.T ثم ينقلها مرة أخرى إلى الدولة بعد انتهاء مدة الامتياز . فإنها تكون للجهة الإدارية فى عقد الـ B.O.T ذلك أن المشروع يبنى لحسابها[1] .

---

(١) محمد بهجت قايد : إقامة المشروعات الاستثمارية وفقا لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكـية (نظـام الـ B.O.T) أو البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية (نظام الـ B.O.O.T) – دار النهضة العربية – ص ٩ .

٢- البناء والتملك والتشغيل B.O.T :

وفـــى هـــذه الصـــورة فـــإن شركة المشروع تقوم ببناء المشروع وتملكه وتشغيله وتلتزم بأن تحول ملكيته مرة أخرى إلى الحكومة .

٣- البناء والإيجار ونقل الملكية Build Lease Transfer (BLT):

وفى هذه الصورة تقوم شركة المشروع ببناء المشروع وتملكه مدة العقـــد ثـــم تأجره إلى الجهة الحكومية التى تقوم إما بتشغيله بنفسها وإمَا بتشغيله عن طريق آخرين .

٤- الايجار والتجديد والتشغيل ونقل الملكية :

Lease Renwal Operate Transfer (L B.O.T) :

وفى هذه الصورة تقوم شركة المشروع باستئجار مشروع قائم من الجهـــة الحكومية ثم تجدده وتحدثه وتشغله فترة العقد ثم تعيده مرة أخرى إلى الجهة الإدارية بصورته الحديثة دون مقابل .

٥- البناء ونقل الملكية والتشغيل : Buld Transfer Operate B.T.O

فى هذه الصورة تقوم الدولة ببناء المشروع بنفسها وتتكفل بتمويله ثـــم تعهـــد بتشـــغيله إلـــى القطـــاع الخاص . وهى صورة من صور إدارة المشروعات العامة وأهم مجالاتها الفنادق والمشروعات السياحية . وتعتبر هذه الصورة عقداً من عقود الخدمات .

ويتضـــح مما سبق أن هذه الصور تجمع بين عقود البناء والتشغيل ونقـــل الملكية فضلاً عن عقود الخدمات والإدارة والتأجير . وهى تقوم فى مجملهـــا علـــى فكـــرة أساسية ؛ وهى أن يتحمل القطاع الخاص أو شركة المشـــروع عبء التمويل سواء تعلق الأمر بتجديد المرفق وتشغيله أم تعلق بإنشائه وتشغيله ، وإعادة ملكيته مرة أخرى إلى الدولة .

ثالثاً : الطبيعة القانونية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T

علـــى الـــرغم من أن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T بـــتفريعاتها المخـــتلفة خرجت من رحم عقد التزام المرافق العامة ، وعلى الرغم من أن كثيراً من الفقهاء يسلم بأن عقد البناء والتشغيل ونقل المنكية لـــيس حديثا ، وإنما معروف ومطبق من منتصف القرن التاسع عشر ومن ذلـــك عقد التزام قناة السويس فى مصر . فإن شيوع تطبيق هذه العقود فى الـــربع الأخـــير من القرن العشرين أدى بالبعض إلى التشكك فى طبيعة هذه العقود . وسوف نتناول هذه الآراء بالتفصيل :

الرأى الأول : **عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية هى تنظيم** :

بمعـــنى أن عقـــد البناء والتشغيل ونقل الملكية ليس اتفاقاً أو عقداً وإنمـــا هو تنظيم اقتصادى يلزم لتنفيذه إبرام العديد من الاتفاقات المتشابكة والمتعددة بين أطراف مختلفة[1] . بل إن هذه الأطراف قد تتعارض مصالحها .

ومـــا مـــن شـــك فى أن هذا الرأى محل نظر ؛ إذ أنـه ينكر الطبيعة الاتفاقـــية لعقـــود البـــناء والتشغيل ونقل الملكية . ويخرج بها عن الطبيعة التعاقدية إلى الطبيعة التنظيمية بدعوى أنه يتضمن العديد من الاتفاقات التى قد تتعارض فيها مصالح أطرافها . وهذا غير صحيح حيث إن هذه الاتفاقات الفرعـــية إنمـــا ترتـــبط فى وجودها بالعقد الرئيسى بين جهة الإدارة وبين شـــركة المشـــروع . أما العقود الأخرى التى تبرم تنفيذاً لهذا العقد فهى لا تؤثر فى طبيعته والتى يمكن أن تكون عقود التزام أو عقود إشغال أو عقود توريد أو عقوداً تتعلق بالتمويل، وقد تكون عقوداً إدارية أو مدنية حسب الأحوال.

---

(١) هانى سرى الدين : الإطار القانونى لمشروعات البنية الأساسية .. – مجلة القانون والاقتصاد – المرجع السبق – ص ٥ .

الرأى الثانى : الطبيعة الخاصة لعقود البوت :

ذهــب الــبعض إلى أن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية هى من عقــود الإدارة العادية التى تخضع منازعاتها للقانون الخاص . ذلك أن هذه العقــود شــأن عقــود الاستثمار لا تقبل بحسب طبيعتها أن تضمنها الإدارة شــروطاً استثنائية . فمتطلبات التجارة الدولية تفرض على الدولة أن تنزل للــتعاقد شــأنها فى ذلك شأن الأفراد العاديين(١) . فمثل هذه العقود لا تقبل تميز الإدارة بالسلطات التى تميزها فى العقود الإدارية ويترتب على ذلك أن العقــود الــتى تبرمها الدولة لإنشاء المرافق العامة بنظام البوت هى عقود تــتعاقد فيها الإدارة باسلوب القانون الخاص . ولا تستطيع الدولة أو أحدى الهيئات التابعة لها أن تضمن هذا العقد شروطاً استثنائية . فإذا كانت الدولة أو الجهة الإدارية التابعة لها تستطيع أن تضمن عقودها فى الداخل أساليب القــانون العام التى تقوم على تمييز جهة الإدارة فى مواجهة المتعاقد معها فــإن ذلــك لا يمكــن تطبيقه على العقود التى طرفها أجنبى على اعتبار أن ســيادة الدولة محددة داخل إطار إقليمها الجغرافى . ومن ثم يجب أن تقف موقف المساواة مع المتعاقد معها إذا كان أجنبياً(٢) .

وقــد ذهب البعض إلى أن عقود البوت يمكن أن تكون عقود التزام إدارية تخضع لقواعد القانون الإدارى فى فرنسا أما فى مصر فإن هذا العقد يعتــبر عقداً مدنيا يخضع لقواعد القانون المدنى وليس عقداً إدارياً . على ســند مــن القــول مرده اختلاف المعيار المميز للعقد الإدارى فى القضاء

---

(1) Well (P.) : Droit international public et Droit Administratif , Melanges , trotabas, p. 527 .

(2) Le Boulanger (ph) : les contrats enter Etats et éntreprises étrangers, Ed, Economica 1985 p.229 .

الإدارى فــى مصــر عنه فى فرنسا . ففى حين يشترط القضاء الإدارى فى مصــر توافــر معايير ثلاثة لذلك ، وهى : أن تكون الإدارة طرفا فيه ، وأن يتضــمن شــروطاً غير مألوفة ، وأن يتصل بنشاط مرفق عام . فإن مجلس الدولــة الفرنســى يكتفى بأحد هذه العناصر ، لإصباغ الصفة الإدارية على العقــد الإدارى . ولمــا كانت هذه العقود لا تتضمن شروطا استثنائية ، فإن العقــد يكــون مدنيا فى مصر وإداريا فى فرنسا نظراً لاتصاله بنشاط مرفق عام أو بحكم وجود الجهة الإدارية طرفا فيه(١) .

وفــى الحقيقة نرى أن هذا الرأى ينطلق من جوانب خاطئة . فليس صــحيحا ارتباط الشروط غير المألوفة التى تتضمنها العقود الإدارية بمبدأ ســيادة الدولة . فهذه الشروط مردها ارتباط العقد بنشاط مرفق عام . فضلاً عن أنها لا تتضمن فى كل الأحوال تمييزاً لجهة الإدارة فى مواجهة المتعاقد وإنما تضمن للمتعاقد معها حقوقاً أكثر مما يتضمنها العقد العادى.

وفضــلاً عن ذلك فإن العقود الإدارية تضمن تقييد حرية الإدارة فى اختــيار المتعاقد معها بأساليب معينة وهو ما يعرف بتقييد الحرية التعاقدية لــلإدارة Restriction de la liberte contractuelle . ممــا يعــنى تحقيق حرية المنافسة بين الراغبين فى التعاقد مع الإدارة(٢).

أمــا القــول بأن عقود البوت B.O.T هى عقود مدنية فى مصر

---

(1) ABDEI BAKI (Samy) : les projets internationaux de Construction menés selon la Farmule B.O.T (Build, operate, Transfer) Thése , 2000, paris . pp. 262 - 266 .

(٢) فــى ذلــك راجــع مؤلفــنا : المناقصات العامة فى القانونين المصرى والفرنسى والقانون النموذجى للأمم المتحدة اليونسترال – دراسة مقارنة – الطبعة الثانية – ٢٠٠٢ – دار النهضة العربية – ص ٧ .

نظــراً لعدم احتوائها على الشروط الاستثنائية ، ومن ثم يتخلف بشأنها أحد العناصــر المميزة للعقد الإدارى ، مردود بأن عقد التزام المرافق العامة هو عقــد إدارى بطبيعته ، أى أنه عقد إدارى بمجرد أن تكون الإدارة طرفا فيه وأن يتصــل بنشاط مرفق عام . لأنه حين تعهد جهة الإدارة لفرد أو شركة بــإدارة وتشــغيل مرفق عام ، ومن باب أولى إنشائه يعتبر أمراً استثنائيا يثبت به للعقد صفته الإدارية[١] .

الرأى الثالث : عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية هى عقود التزام مرافق عامة :

يذهــب هــذا الرأى إلى اعتبار عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T هــى عقــود الــتزام مــرافق عامة[٢] . وما من شك فى أن عقد الالــتزام يعتبر أهم العقود الإدارية . وهو عقد إدارى بطبيعته أى أنه يكون إدارياً فى كل الأحوال متى كانت الإدارة طرفاً فيه واتصل بنشاط مرفق عام. وإذا كانــت الصــورة التقليدية لعقد الالتزام اعتباره أسلوبا لإدارة المرافق العامة ، إذ ترى الدولة لأسباب كثيرة أن تتخلى عن إدارة المرفق وتعهد به إلــى الملتزم . فإن هذا لا يمنع أن يقوم الملتزم - بداءة - بإنشاء المرفق

---

(١) DE FORGES (Jean michel) droit administratif , 5e édition - P.U.F - 1994, p 70 .

(٢) محمود محمد فهمى: عقود البوت وتكييفها القانونى - المرجع السابق - ص ٤.
Lalive (P.): les contrats enter Etats et entreprises priveer etrangeres, Rapport unidroit , Rome , Sept . 1976, p. 185 .
عبدالرحيم محمد سعيد : النظام القانونى لعقود البترول - رسالة دكتوراه - حقوق القاهرة - ص ٢٠٣ .
وانظــر أيضا : حسن مصطفى فتحى : الجوانب القانونية الأساسية فى نظام البوت B.O.T بحث مقدم إلى مركز التحكيم بكلية الحقوق - جامعة عين شمس - نوفمبر ٢٠٠٠ - ص ٥ .

وتشغيله مدة العقد ثم رده مرة أخرى إلى الجهة الإدارية . وهو الأمر الذى كـان علـيه عقد التزام قناة السويس ولم يمار أحد فى طبيعته . ومن ذلك أيضاً عقود البترول .

وقـد عرفت محكمة القضاء الإدارى عقد الالتزام فى حكمها بتاريخ ٢٥ مـارس ١٩٥٦ بـأن « ... التزام المرافق العامة ليس إلا عقداً إدارياً يـتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحت مسئوليته المالـية بتكلـيف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية وطبقاً للشروط التى توضـع له بـأداء خدمة عامة للجمهور وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيلائه على الأرباح .

فالالـتزام عقـد إدارى ذو طبيعة خاصة ، وموضوعه إدارة مرفق عام، ولا يكون إلا لمدة محدودة ويتحمل الملتزم بنفقات المشروع وأخطاره المالية ويتقاضى عوضاً فى شكل رسوم يحصلها من المنتفعين .. » [١] .

عقود البوت B.o.T بين المنافع والمخاوف :

تتبدى أهمية عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية بصورها المختلفة فى كونها تعمل على زيادة القدرة الاستيعابية للاقتصاد المقامة فيه . وبذلك يكون أكثر قدرة على جذب الاستثمارات المحلية والأجنبية[٢] .

وعقود البوت تهدف لتحقيق أمرين يتمثل الأول فى تطوير وتوسيع

---

(١) حكـم محكمة القضاء الإدارى : فى ٢٥ مارس - ١٩٥٦ - مجموعة المبادئ - السنة العاشرة - ص ٢٥٩ .

(٢) محسن أحمد الخضيرى : عمليات الـ B.O.T الأسس - القواعد - الاتجاهات . بحـث منشور فى محمد متولى (تحرير) إدارة مشروعات البنية الأساسية باستخدام نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T - المرجع السابق - ص ٧٤ .

وتحسين أداء المرافق العامة القائمة . أما الثانى فيهدف إلى إنشاء مرافق جديدة بتمويل من القطاع الخاص . وهو فى هذا المجال وذاك يؤدى إلى تحسين ظروف عمل الاقتصاد فى دولة ما . وسوف نعرض أهم هذه المميزات .

١- تخفيف العبء عن الموارد الحكومية المحدودة :

ففى ظل هذه العقود يتحمل القطاع الخاص تمويل إنشاء وتشغيل هذه المرافق وتحمل مخاطر التمويل بها مما يؤدى إلى أن تتفرغ الدولة للمشروعات والمرافق العامة الأكثر أهمية . وتتعاظم أهمية هذه العقود إذا كانت شركة المشروع مستثمراً أجنبياً مما يعنى إدخال استثمارات جديدة وتمويل خارجى الأمر الذى يؤدى إلى تحسين ميزان المدفوعات وخفض العجز فى الموازنة العامة للدولة وتعزيز حصيلتها من النقد الأجنبى.

٢- إقامة مشروعات ومرافق جديدة :

فهذه العقود تؤدى إلى إقامة مشروعات ومرافق جديدة . مما يؤدى إلى إتاحة مزيد من فرص العمل ، وضخ أموال جديدة إلى السوق مما يقلل من نسبة التضخم ويحد من البطالة ، فضلاً عن كونها تؤدى إلى خلق قاعدة صناعية وخدمية جديدة مثل إنشاء الطرق أو محطات الكهرباء أو المياه أو الأنفاق أو غير ذلك من المشروعات التى تتم عبر هذه العقود .

٣- توفير البيئة المناسبة للتنمية الاقتصادية :

ذلك أن هذه العقود توفر فرصة مناسبة لنقل التكنولوجيا الحديثة إلى الدول النامية[١] ، فالقطاع الخاص الذى يضطلع بإنشاء وتشغيل المرفق له مصلحة محققة فى استخدام هذه التكنولوجيا سواء فى الإنشاء أو

(١) هانى سرى الدين : التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية – المرجع السابق – ص ١٨٧ .

التشغيل ، وتحديثها بصفة مستمرة .

فضــلاً عــن ذلــك فإنه ينقل مخاطر تمويل إنشاء هذه المرافق أو تحسين ظروف العمل بها إلى القطاع الخاص مما يخفف العبء عن موازنة الدولــة المحدودة الموارد ، كما أنها تغنى عن لجوء الدولة إلى الاقتراض الخــارجى وما يترتب عليه من اختلالات فى الموازنة العامة وأعباء خدمة هذه الديون .

٤- استفادة الحكومات من خبرة القطاع الخاص فى تقديم الخدمة العامة :

فــالإدارة الخاصة دائما أكثر فاعلية وكفاءة من الإدارة الحكومية . ممــا يحســن مــن أداء هــذه الخدمات ، وتحسين صورة الحكومات أمام المواطنين .

علـى أن هـذه المميزات - فـى كـثير من الأحيان - قد لا تتحقق . فقد كشفت كـثير مـن التجارب العملية أن الأخذ بنظام البوت قد مثل عبئاً اقتصاديا على الدولة المضيفة فى كثير من التجارب لأسباب كثيرة ومنها[١] :

١ - لجوء المستثمر سواء أكان أجنبياً أم محليا إلى السوق المحلية للحصــول علــى الــتمويل اللازم للمشروع بدلاً من تحويل هذه الأموال من الخارج ثم بعد ذلك يستخدم هذا التمويل الداخلى لاستيراد المعدات والأجهزة مــن الخــارج . مما يؤدى إلى زيادة الطلب على العملات الأجنبية والضغط علــى السيولة المتاحة فى السوق الداخلى ، الأمر الذى يؤدى إلى انخفاض قيمة العملة الوطنية وزيادة الطلب على العملات الأجنبية .

---

(١) حمدى عبدالعظيم : عقود البناء والتشغيل والتمويل بين النظرية والتطبيق – بحث منشــور فــى محمــد متولى (تحرير) إدارة مشروعات البنية الأساسية – المرجع السابق ص ١١٦ .

وهـــو الأمـــر الـــذى حدث عند تنفيذ عقد B.O.T بإنشاء محطتى كهرباء سيدى كرير . حيث حصلت شركة المشروع من أحد البنوك الوطنية علـــى قـــرض قـــدره ١٧٢ مليـــون دولار بدلا من تحويل هذه الأموال من الخارج[1] .

٢- إن الممـــيزات الاقتصـــادية التى يهدف إلى تحقيقها عقد البوت B.O.T قـــد يصـــعب تحقـــيقها نظـــراً لزيادة أعباء الاستيراد من الخارج وتحويـــل المستثمر الأجنبى للأرباح الناتجة عن المشروع إلى الخارج دون أى قـــيود تلـــزمه باستثمار جزء من هذه الأموال فى الدولة المضيفة ، مما يؤدى إلى اختلال ميزان المدفوعات والتأثير على مقدار السيولة فى السوق المحلية .

٣- الإفـــراط فـــى منح الملتزم المزايا المرتبطة بالعقد ، ومن ذلك الـــتزام الدولـــة بشراء الخدمة وضمان الحكومة لسداد حد أدنى لمقابل هذه الخدمـــة . وغالـــبا مـــا يكـــون هذا السعر مرتفعا جداً حتى تستطيع شركة المشروع استرداد ما أنفقته وما تبتغيه من ربح . ويكون هذا السعر بالعملة

---

(١) وهـــو الأمـــر الـــذى دعا رئيس الجمهورية إلى التحذير من التوسع فى عقود الـــ B.O.T وقـــال فـــى ذلـــك : « إن الأعـــباء التى تتحملها مصر نتيجة قيام هذه المشروعات كبيرة لأنه بعد فترة يتم تحويل مكاسبها إلى الخارج وبالعملة الصعبة» جريدة الأهرام ٢٠٠١/١١/١٢ العدد ٤١٩٧٩ السنة ١٢٦ الصفحة الأولى .
وأعاد هذا التحذير مرة أخرى فى جريدة الأهرام فى ٢٠٠١/١١/١٥ ضاربا المثل بما حدث فى محطتى كهرباء سيدى كرير . إذ قال « يجب ألا يأتى أحد ويعمل نظام B.O.T كمـــا حـــدث فـــى الشـــركة التى عملت محطة كهرباء فى سيدى كرير واقترضـــت أمـــوالاً بالعملة الصعبة من البنوك المصرية . فماذا فعلت إذن ؟! لقد ضغطت على ماالدينا من عملة صعبة . » .

الأجنبية التى تقوم شركة المشروع بتحويله إلى الخارج عن طريق حسابات لها فى البنوك الأجنبية وهى حسابات تخرج عن رقابة البنوك المركزية فى الدول المضيفة .

وفى عقود التزامات الطرق السريعة التى طرحتها الحكومة المصرية بنظام الـ B.O.T احتوت العروض على تمليك الملتزم مساحات شاسعة من الأراضى التى تقع على جوانب هذه الطرق . وهو أمر قد يتجاوز قيمة هذه العقود لا سيما إذا أبرمت لمدد طويلة من الزمن.

٤- ارتباط عقود البوت بالاحتكار فشركة المشروع تشترط ذلك حتى تضمن سيطرتها على السوق وضمان عدم منافستها ؛ حتى تستطيع أن تسترد ما أنفقته من أموال . ويترتب على ذلك ما يترتب على الاحتكار من أضرار ومساوئ وإذا لم يرتبط المشروع بالاحتكار ، فان الدولة المضيفة تلتزم بشراء الخدمة التى يقدمها المشروع كما يحدث فى محطات الكهرباء أو تضمن حدًا أدنى من التشغيل كما يحدث فى المطارات أو الطرق.

٥- ارتفاع تكلفة المشروعات على المدى الطويل خاصة إذا تعلق الأمر بشراء الدولة للمنتج . وعلى سبيل المثال ؛ فإنه فى قطاع الكهرباء تم التعاقد على إنشاء وتشغيل محطات كهرباء كما يلى :-

- مشروع محطة توليد سيدى كرير بقدرة ٦٥٠ ميجاوات ، تم التعاقد عليه فى ١٩٩٨/٧/٢٢ وبسعر شراء ٢,٥٤ سنت/كيلو وات ساعة.
- مشروع محطة توليد خليج السويس بقدرة ٦٥٠ ميجاوات ، تم التعاقد عليه فى ١٩٩٩/١٠/٣ وبسعر شراء ٢,٣٧ سنت/كيلو وات ساعة .

- مشـــروع محطـــة توليد شرق بور سعيد بقدرة ٦٥٠ ميجاوات ، تم التعاقد عليه فى ٣/١٠/١٩٩٩ وبسعر شراء ٢,٣٧ سنت/كيلو وات ساعة(١) .

ومـــن الملاحظ ارتفاع أسعار أول محطة والتى تم التعاقد عليها قبل المحطتيـــن الأخيرتيـــن بسنة على الأقل . على الرغم من أن المنطق يقضى بـــأن الأسعار ترتفع ولا تنخفض - وإذا علمنا أن كل سنت فى سعر الكيلو وات ســـاعة يكلـــف الدولـــة سنويا أربعين مليون دولار(٢) . ففى مثل هذه الحالة تصبح لهذه الأسعار والفروق فيها دلالتها الخطيرة .

ويـــتعاظم هذا الانتقاد وتصل خطورته مدى أوسع إذا كان المستثمر (شـــركة المشـــروع) يقـــوم بـــتحويل جمـــيع أرباحه إلى الخارج ولا يلتزم باســـتثمار أى جـــزء من هذه الأرباح فى الدولة المضيفة كما هو حادث فى أغلـــب عقود البوت التى أبرمتها الحكومة المصرية(٣) . وهى حسابات تفتح خـــارج حـــدود الدولـــة التى ينفذ فيها المشروع والتى يطلق عليها OFF Shore ويـــتم فـــيها تحويـــل الأرباح إلى الخارج مباشرة حتى تكون هذه الحســـابات بمـــنأى عـــن أية إجراءات اقتصادية أو سياسية تتخذ من قبل

---

(١) معتز كامل مرسى : « تقرير » بخصوص تجربة الكهرباء فى المشروعات المنفذة بنظام الـــ B.O.T - المرجع السابق ص ٨ .

(٢) المرجع السابق : ص ٧ .

(٣) فـــى الـــتجربة المصرية فى مجال إنشاء المطارات بنظام B.O.T . راجع تقرير : مجدى موريس نخلة - مؤتمر البناء والتشغيل ونقل الملكية - القاهرة ٢٧ - ٢٨ يناير ٢٠٠١ .

سلطات الدولة المضيفة[1] .مع التزام صارم من السلطات الوطنية فى الدولة المضيفة بتحويل هذه الأموال حسب العملة الأجنبية أيا كانت قيمتها وفى أى وقت تشاء شركة المشروع .

٦- إبرام عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية لمدد طويلة ، قد تصل إلـــى تســـع وتســـعين سنة حسب التعديلات التشريعية الحديثة للقانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٨ . وهو أمر شديد الخطورة ، إذ أن عقداً يعقد لهذه المدة الطويلـــة مـــن الزمن يقيد أجيالاً من بعدها أجيال ، ثم إنه قد يرتب أوضاعاً سياســـية واقتصـــادية يصـــعب التعامل معها فيما بعد ، ومثال ذلك ما حدث لمصـــر مـــن جراء التزام قناة السويس الذى أبرم لهذه المدة وكان السبب الرئيسى فى احتلال مصر سنة ١٨٨٢ والعدوان الثلاثى عليها سنة ١٩٥٦.

وبعـــد فإننا وإن كنا نرى جدية هذه المخاوف ، فإنها لا تعنى إغلاق الـــباب أمام هذه العقود ، وإنما يجب أن تتضافر جهود الفقه والمشرع فى إصدار قانون يؤمن اللجوء إلى مثل هذه العقود ويعظم إيجابياتها ويحد من الســـلبيات الـــتى تنتج عنها ؛ لمصلحة الوطن ولتحقيق التنمية الاقتصادية المنشـــودة . وليكـــن معلومـــاً تماماً أنه إذا كانت حاجة الدول النامية إلى رؤوس الأمـــوال لتحقـــيق التنمـــية أمرا ضروريا . فإن حاجة هذه الأموال للعمل داخل أسواق هذه الدول أيضاً أمر ضرورى لها ويحقق مصلحتها .

---

(١) ســـامى عبدالـــباقى : البنيان التعاقدى لمشروعات الـــ B.O.T المرجع السابق – ص ٨ .

غياب التنظيم التشريعى الشامل
لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T
واللجوء إلى المعالجة الجزئية

مـــع اتجاه الدولة إلى الخصخصة ، اتخذ عقد البوت مكانا علياً بين الوسائل التى اعتمدت عليها الدولة فى تحقيق ذلك . على أنه أصبح واضحا أن الإطـــار القانونى لعقد التزام المرافق العامة كما نظمه القانون رقم ١٢٩ لســنة ١٩٤٧ والمعــدل بالقــانون ٦١ لســنة ١٩٥٨ لا يتماشى مع هذه الــتطورات ؛ ذلــك أن الإطار التقليدى لعقد الالتزام وفقا لهذين القانونين لا يــتفق فى كثير من أحكامه ، خاصة ما يتعلق منها بسلطات الإدارة فى عقد الالــتزام ، وبالــتحديد سلطتا التعديل واسترداد المرفق قبل انتهاء مدة عقد الالــتزام . وكذلك الأحكام التى تتعلق بتحديد حصة الملتزم فى الأرباح وذلك نــاتج مــن متغير أساسى فى التطورات الحديثة مؤداه أن الملتزم هو الذى يقوم بإنشاء المرفق وتملكه مدة الالتزام .

ولذلــك كــان لابد للمشرع أن يتدخل بتغيير هذا القانون بآخر أكثر حداثــة وتطــوراً ، يأخذ فى اعتباره الاختلافات الأساسية بين عقد الالتزام بمفهومــه وآلــياته التقليدية - كما سبق وعرضناها - وبين عقود البوت B.O.T وصوره المختلفة ، والتى تعتبر الصورة الحديثة والمتطورة لعقود الالتزام .

وعلى الرغم من أن الحكومة فى الفترة الأخيرة اتجهت نحو تشجيع مشــاركة القطاع الخاص فى إنشاء وتشغيل مرافق البنية الأساسية فى كثير مــن القطاعات مثل المطارات ومحطات الكهرباء والمياه والصرف الصحى

والطـــرق وغـــيرها[١] . فـــإن التنظيم التشريعى لم يبارح مكانه . وأحجمت

---

(١) بلغـــت المشـــروعات التى يجرى تنفيذها أو عرضها حتى نهاية عام ٢٠٠١ وفقا لعقود الـــ B.O.T كما يلى :

١- إنشاء مطار مرسى على بجنوب البلاد .
٢- توسعات بمطار الغردقة – صالة سفر .
٣- إنشاء مطار الفرافرة .
٤- إنشاء مطار الواحات البحرية .
٥- إنشاء مطار العلمين .
٦- مطار شرق العوينات .
٧- مطار رأس سدر
٨- مشروع إنشاء رصيف بترول بالإسكندرية .
٩- مشروع إنشاء ميناء الدخيلة (ميدكاب) .
١٠- محطة تداول حاويات بميناء شرق بور سعيد .
١١- إنشاء رصيف ومجمع بترولى بميناء دمياط .
١٢- إنشاء محطة تداول حاويات بميناء شمال العين السخنة .
١٣- تطوير ميناء العين السخنة .
١٤- إنشاء شركات حاويات شرق التفريعة وزيادة أطوال الرصيف .
١٥- تطوير ميناء الإسكندرية .
١٦- محطتى توليد كهرباء سيدى كرير .
١٧- محطة الطاقة الشمسية بالكريمات ، غاز طبيعى .
١٨- محطة شرق التفريعة .
١٩- إنشاء خط سكك حديد القاهرة/ التبين .
٢٠- إنشاء خط سكك حديد الأسماعيلية/ رفح
٢١- إنشاء خط سكك حديد سيناء/ السلوم .
٢٢- خط سكة حديد السلوم/ وادى النطرون .   (=)

الدولـــة عــن إصـــدار تشريع عام ينظم هذا التطور ، ونظراً لقصور الإطار القانونى التقليدى لعقود الالتزام ، استعاضت الحكومة عن تغيير هذا الإطار بمعالجات جزئية على الوجه التالى :

أولاً : القـانون رقـم ١٠٠ لســنة ١٩٩٦ المعـدل بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٦ بشأن إنشاء هيئة كهرباء مصر :

ونصـــت المـــادة ٧ من هذا القانون على أن للهيئة أن تجرى جميع التصرفات والأعمال التى من شأنها تحقيق الغرض الذى أنشئت من أجله ، ولهـــا أن تـــتعاقد مباشـــرة مع الأشخاص والشركات والمصارف والهيئات المحلية والأجنبية ، وذلك طبقا للقواعد التى تحددها اللائحة الداخلية .

ويجـــوز مـــنح الـــتزامات المـــرافق العامـــة للمستثمرين المحليين والأجانـــب لإنشاء وإدارة وتشغيل وصيانة محطات توليد كهرباء دون التقيد بأحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة والقانون رقـــم ٦١ لســـنة ١٩٥٨ فى شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الـــثروة الطبيعـــية والمرافق العامة وتعديل شروط الامتياز ، وذلك بمراعاة القواعد والإجراءات الآتية :-

أ - أن يتم اختيار الملتزم فى إطار من المنافسة والعلانية .

ب — ألا تزيد مدة الالتزام على تسع وتسعين سنة .

ج - تحديـــد وســـائل الإشـــراف والمتابعة الفنية والمالية التى تكفل حسن سير المرفق بانتظام وإطراد .

(=) المصـــدر : مركز معلومات مجلس الوزراء . منشور بمجلة الأهرام الاقتصادى - العدد ١٧١٥ - بتاريخ ١٦ نوفمبر ٢٠٠١ - ص ٣٤ .

ويصـــدر بمـــنح الالـــتزام وتعديـــل شـــروطه - فى حدود القواعد والإجـــراءات الســـابقة - قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير الكهرباء والطاقة .

ثانـيا : القـانون رقـم ٣ لسـنة ١٩٩٧ فـى شـأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضى النزول :

نصـــت المادة الأولى من هذا القانون على ذات الشروط التى سبق ونـــص علـــيها القانون ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ المعدل للقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٦ بشأن إنشاء هيئة كهرباء مصر .

ثـــم نصـــت المـــادة الثانـــية على أنه « مع مراعاة إشراف الهيئة المصـــرية العامـــة للطـــيران المدنـــى على عمليات تأمين سلامة الطيران والقائميـــن علـــيها والتحقيق فى المخالفات الخاصة بها ، وبمبدأ المعاملة بالمـــثل بالنســـبة لفتح أى مكتب لمؤسسات النقل الجوى الأجنبية . ويكون للملـــتزم بالنســـبة للمطـــارات وأراضـــى الـــنزول محل الالتزام السلطات والاختصاصـــات المسندة إلى الهيئة فى المواد ١٨ ، ٢١ ، ٦٨ من قانون الطـــيران المدنى ، وإلى السلطات المختصة بالطيران المدنى فى المادة ٥٧ من قانون رسوم الطيران المدنى ، وذلك فى حدود الشروط الواردة فى عقد الالتزام .

ثـــم نصـــت المـــادة الثالثة على أنه « لا يجوز الحجز أو اتخاذ أى إجـــراءات تنفيذ على المطارات وأراضى النزول محل الالتزام وما عليها من مـــبان ومنشـــآت وأســـلاك وأجهـــزة ومعـــدات ومحطات سلكية ولاسلكية ومـــنارات ، ومـــا بداخلها من مهمات وأدوات وآلات لازمة لسير المرفق العام محل الالتزام .

ثـم نصـت المادة الرابعة على أن « يتعين على الملتزم المحافظة علـى المطارات وأراضى النزول محل الالتزام وما عليها من مبان ومنشآت وأجهـزة ومعـدات مخصصة للاستعمال ، وجعلها صالحة للاستخدام طوال مـدة الالتزام ، وتؤول جميعها إلى الدولة فى نهاية مدة الالتزام دون مقابل وبحالة جيدة صالحة للاستعمال » .

ثالثـا : القـانون رقـم ٢٢٩ لسـنة ١٩٩٦ فى شأن تعديل بعض أحكام القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٦٨ بشأن الطرق العامة :

وفـى هذا القانون نصت المادة ١٢ مكرر على أنه : « استثناء من أحكـام المـواد ١ و ٣ و ٩ مكررا من هذا القانون ، يجوز منح التزامات المـرافق العامـة للمسـتثمرين المحليين والأجانب ، أشخاصا طبيعيين أو معنوييـن ، وذلك لإنشاء طرق حرة وسريعة ورئيسية وإدارتها واستغلالها وصـيانتها وتحصـيل مقابل المرور عليها دون التقيد بأحكام القانون رقم ١٢٩ لسـنة ١٩٤٧ بالـتزامات المـرافق العامة والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ فـى شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمـرافق العامـة وتعديـل شـروط الامتـياز ، وذلـك بمراعاة القواعد والإجراءات الآتية :

أ- أن يتم اختيار الملتزم فى إطار من المنافسة والعلانية .

ب- ألا تزيد مدة الالتزام على تسع وتسعين سنة .

ج- تحديـد وسـائل الإشراف والمتابعة الفنية والمالية التى تكفل حسن سير المرفق بانتظام واضطراد .

د - يكـون للملـتزم ، فـى خصوص ما أنشأه من طرق ، سلطات

واختصاصـــات وحقوق الجهة المشرفة على الطريق فى المواد ٥ ، ٦ ، ٨، ١٠ ، ١١ ، ١٢ ، ١٥ (فقـــرة أولـــى) من هذا القانون ، بما فى ذلك الحق من استغلال مساحات واقعة على جانبى الطريق وفى بدايته ونهايته بإقامة الفـــنادق والاستراحات والمطاعم ونقاط الإسعاف ومحطات وورش الصيانة الســـريعة للسيارات وغير ذلك من المنشآت والأنشطة الزراعية والصناعية والسياحية التى تخدم الطريق والمارة ، ويتعين على الملتزم المحافظة على الطـــريق وعلـــى المشروعات المشار إليها وجعلها صالحة للاستخدام طوال فـــترة الالـــتزام ، علـــى أن تؤول جميع المنشآت إلى الدولة فى نهاية مدة الالتزام دون مقابل وبحالة جيدة .

وتكـــون الهيـــئة العامـــة للطرق والكبارى والنقل البرى هى الجهة المختصـــة ، دون غـــيرها ، باتخاذ الإجراءات المنصوص عليها فى المواد ٤، ٩ ، ١٨ (فقرة ثانية) من هذا القانون .

هـ - الالـــتزام بأحكـــام قانون المرور والقرارات التى تصدر فى شأن استعمال الطرق العامة .

ويصـــدر بمـــنح الالـــتزام وتعديـــل شـــروطه ، فى حدود القواعد والإجـــراءات الســـابقة ، قـــرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير النقل والمواصلات » .

ويلاحظ على هذه التشريعات ما يلى :

الملاحظة الأولى : أنها صدرت لتعالج موضوعات جزئية . ولذلك فهى تفـــتقر للمعالجـــة الشاملة لنظام البوت . وقد اقتصرت هذه المعالجة أساساً بالاســـتثناء مـــن القـــيود التى أوردها القانون ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ والمعدل بالقـــانون رقـــم ٦١ لســـنة ١٩٥٨ . وهـــى إذ رفعت هذه القيود لم تضع

الضـــوابط المهمـــة التى تكفل نجاح هذا النظام فضلاً عن ضرورة المحافظة علـــى حقـــوق الدولة فى عقود البوت . على الرغم من أن الحاجة أصبحت ماســة وضرورية لوضع تنظيم قانونى شامل يضمن حقوق الدولة وحقوق المتعاقد فى الوقت نفسه .

الملاحظة الثانية : أن هـــذه الـــتعديلات جميعها ذهبت إلى إطالة مدة الالتزام إلى تسع وتسعين سنة بعد أن كانت فى القانون القديم ثلاثين عاماً.

ولقد كان التحديد الذى أتى به القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ ؛ أنهى عرفا كان يجرى بمقتضاه منح الالتزامات لمدة كبيرة ، كانت تصل إلى تسع وتســـعين سنة ، ولعل أشهر التزام فى التاريخ هو التزام قناة السويس ، إذ أبـــرم لمـــدة تسع وتسعين سنة ، ولا يخفى على أحد ما سببه هذا العقد من كـــوارث لمصـــر ابتداء من التدخل الأجنبى فى شئونها إلى إغراء حكامها آنـــذاك بالاقـــتراض بضمان قناة السويس حتى غرقت الحكومة آنذاك فى الاستدانة وتبع ذلك الاحتلال البريطانى لمصر .

ومـــن عجـــب أن نعود مرة أخرى إلى إطالة مدة الالتزام إلى تسع وتســـعين ســـنة كما حدث فى الأمثلة السابقة . ولا شك أن هذه العودة غير الحمـــيدة لا تتفق مع الفكر القانونى الحديث الذى يأبى أن يظل عقد بالغ ما بلغـــت أهميته ممتدا عبر الزمن لمدة قرن من الزمان « تقريبا » يقيد أجيالاً مـــن بعدهـــا أجيال . وتبلغ الخطورة مداها إن تعلق مثل هذا العقد بالموارد الطبيعية أو الحيوية لشعب من الشعوب[١] .

وهـــو مـــا ذهـــب إلـــيه قسم التشريع بمجلس الدولة عند مراجعته

---

(١) مصطفى أبو زيد فهمى : الوسيط فى القانون الإدارى – الجزء الأول – ٢٠٠٠ – ص ٤٠٧ .

لمشروع قرار رئيس الجمهورية بمشروع قانون بمنح التزام المرافق العامة لمــياه الشــرب والصــرف الصحى وإنشاء جهاز تنظيم قطاع مياه الشرب والصرف الصحى وحماية المستهلك ، إذ قرر « .. وقد ارتأى القسم أن مدة الالــتزام المنصــوص عليها فى البند (ب) من المادة الأولى من المشروع يمكــن أن تصــل إلــى ٩٩ عاماً وهى مدة طويلة جداً تقرب من القرن من الــزمان تغــل فــيها سلطة الدولة — بإرادتها المنفردة — عن تعديل بنود الشــروط الاتفاقــية فــى عقد الالتزام (طبقا لما جاء فى البند ب من المادة الأولــى من المشروع) وهو ما يعد تقييداً لأجيال قادمة عن ملاحقة التطور الســريع فــى المسائل الاقتصادية والاجتماعية خاصة فى مجال حيوى مثل مجــال مياه الشرب والصرف الصحى ، ونقترح تحديد مدة معقولة لا تجاوز ثلاثيــن عامــاً ، وذلك استهداء بما نص عليه فى القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة »[١] .

الملاحظة الثالثة : عــدم وجــود جهاز أو جهة تمارس الرقابة على الملتزم لكى تضمن الحكومة التزامه فى تنفيذ العقد بما سبق الاتفاق عليه، وتتجلى أهمية وجود هذه الجهة إذا أبرم هذا العقد لمدة طويلة قد تصل إلى تســعة وتســعين عامــاً . فإذا لم يلتزم المتعاقد مع الإدارة فى تنفيذ العقد بالمواصــفات والشــروط المــتفق عليها ، والتى تضمن عودة المرفق بعد انتهاء مدته إلى الجهة الإدارية بحالة صالحة للتشغيل . ومن ذلك مثلاً عدم التزام المستثمر بالمواصفات المعيارية والفنية فى عملية الإنشاء ويساعده فــى ذلــك وجود استشارى فنى أجنبى يقدم له شهادة صلاحية غير مطابقة للحقيقة .

---

(١) ملف رقم ٢٠٠٠/٣٣ بتاريخ ٢٠٠١/٤/٢٩ . (غير منشور) .

ويترتــب علـــى ذلــك أن يصبح المشروع غير صالح للتشغيل عند تسلم الدولة له فى نهاية العقد . ومثال ذلك أن كمية الخراسانة المستخدمة فـــى إنشاء محطتى كهرباء سيدى كرير وفقا لعقد البوت تقل بنسبة النصف عن كميات الخراسانة التى استخدمت فى المحطتين اللتين أقامتهما الحكومة المصرية قبل ذلك رغم أن استشارى المحطات الأربع شركة أمريكية واحدة. ولا شك أن ذلك يؤدى إلى أن المحطتين اللتين أنشأهما المستثمر عن طريق عقــد الــتزام B.O.T يكونـــان غـــير صالحين عند نقلهما إلى الحكومة المصرية[١] .

الاندفـــاع نحو تطبيقات عقود البوت دون أن وجود مثل هذا الجهاز الذى يقوم بالرقابة والمتابعة سوف يؤدى إلى تبديد الاستثمارات القومية ، ويصـــبح اللجـــوء إلـــى عقود البوت عبءً على الاقتصاد القومى . وتبدو الاستفادة من مميزات عقود البوت فى ظل هذا الفراغ التشريعى أمراً بعيد المنال .

لكـــل مـــا سبق : فإن الأمر بات ضرورياً أن يصدر المشرع تشريعاً حديـــثاً يواكـــب التطورات الحديثة لعقد التزام المرفق العام وتنظيم صوره الجديدة حتى تستفيد الدولة من المزايا التى توفرها هذه العقود .

الملاحظة الرابعة : أن هـــذه التعديلات التشريعية قد ألغت كافة القيود الـــواردة فى القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ والخاص بتحديد حدود قصوى لحصـــة الملـــتزم فـــى الأرباح . بل إنها تعمل على كفالة حد أدنى من هذه الأربـــاح للملـــتزم حتى يستطيع أن يسترد ما أنفقه على المشروع . ومما تجدر ملاحظته فى هذا الإطار هو ارتفاع سعر الخدمة التى يقدمها المرفق.

---

(١) حمـــدى عبدالعظيم : عقود البناء والتشغيل والتمويل بين النظرية والتطبيق – فى محمد متولى (تحرير) إدارة مشروعات البنية الأساسية : المرجع السابق – ص ١١٨ .

ممـــا تضـــطر معـــه الدولـــة إلى شراء هذه الخدمة بسعر مرتفع وبالعملة الأجنبية ثم تعيد بيعها مرة أخرى للمنتفعين .

ملامح أساسية لقانون الالتزام يجب مراعاتها :

وإذا كـــان تدخـــل المشـــرع المصرى قد تأخر كثيراً لوضع الإطار التشـــريعى لعقـــود البناء والتشغيل ونقل الملكية التى تمثل التطور الحديث لعقـــد الالتزام لكى ينظم اللجوء إليها ويحد من مخاطرها . فإن إصدار هذا التشريع أصبح ضرورة وطنية ويجب أن يراعى الأمور التالية :

أولاً : ضـــبط عملية اللجوء إلى عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية بحيـــث يكون الأمر فى إطار محدد ومبين لأوجه النشاط التى تتلاءم مع هذه العقـــود . حـــتى لا يؤدى الأمر فى النهاية إلى سيطرة الأجنبى على مفاصل الاقتصاد المصرى وسيطرته على خدمات ومرافق حيوية للوطن والمواطن.

ثانياً : إعـــادة النظر فى إطالة أمد هذه العقود والتى يمكن أن يصل إلـــى تسع وتسعين عاماً . وهى مدة طويلة جداً . فالعقد الذى يستمر قرابة القـــرن مـــن الزمان لابد أن يرتب أوضاعاً سياسية واقتصادية واجتماعية يصعب التعامل معه . ولنا فى عقد التزام قناة السويس العظة والعبرة .

ثالثاً : ضـــرورة اشـــتراط فى حالة كون شركة المشروع مستثمراً أجنبياً تحويل الأموال اللازمة لإنشاء المرفق من الخارج ، وأن يرتبط الأمر بضرورة استخدام تكنولوجيا ملاءمة للبيئة المحلية .

رابعاً : إنشـــاء جهـــاز رقـــابى يـــتولى مراقبة إجراءات التعاقد . وضـــمان وجود رقابة فاعلة للدولة أثناء إنشاء وتشغيل المرفق ومراجعة بـــرامج صيانته حيث لها فى ذلك مصلحة محققة إذ يرتبط ذلك بقدرة شركة

المشروع على تنفيذ التزامها بنقل ملكية المرفق إلى الدولة بعد انتهاء مدة العقد .

خامسا : ضـــرورة أن تقـــوم شركة المشروع أثناء تشغيل المرفق باســـتثمار جـــزء مـــن أرباحهـــا فى الدولة المضيفة بما لا يؤثر فى حقها المشـــروع فـــى اســـترداد ما انفقته فى بناء المرفق أو يحقق لها الأرباح المعقولة وهو أمر تتبدى أهميته فى ظل عقود البوت التى تطبق لمدة طويلة من الزمن .

بهذه الضوابط وغيرها يمكن لعقود البوت أن تمثل إضافة للاقتصاد الوطـــنى . وبغـــيرها تصبح هذه العقود مغرماً يضيف إلى الاقتصاد الوطنى أعباء جديدة ومجهولا نسير نحوه ولا ندرى ما هى حقيقته .

المبحث الثانى

عقد الأشغال العامة

أولاً : تعريف عقد الأشغال :

يعرف عقد الأشغال العامة بأنه اتفاق بين الإدارة وشخص طبيعى أو معـــنوى بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقار لحساب الإدارة وبقصد تحقيق المصلحة العامة فى نظير مقابل يحدده العقد .

وإلـــى ذلـــك ذهبـــت محكمة القضاء الإدارى حيث تقول « .. عقد الأشـــغال هـــو عقد مقاولة بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شـــركة بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصـــيانة فـــى عقار لحساب هذا الشخص المعنوى العام وتحقيقا لمصلحة

عامة مقابل ثمن يحدد فى العقد ..»[١].

ثانياً : شروط عقد الأشغال :

وعلى ذلك يجب أن يتوافر فى عقد الأشغال عدة شروط كما يلى :

١- يجب أن يكون موضوع العقد عقاراً :

فعقـد الأشـغال لا يأتى على منقول تملكه الإدارة . وإنما هو يتعلق بعقار بناءً أو ترميماً أو صيانة . ويلحق بالعقار فى ذلك العقار بالتخصيص كإقامة خطوط تليفونية ، ومد أسلاك الكهرباء وغير ذلك .

٢- يجب أن يتم العمل لحساب شخص معنوى عام :

وعلى ذلك فيجب أن تكون الأعمال محل عقد الأشغال مقررة لصالح ولحسـاب شـخص معـنوى عـام ، وفى هذه الحالة يستوى أن يكون هذا الشـخص هو المالك للعقار أم لا ، فيكفى فى هذه الحالة أن يكون للشخص المعنوى العام إشراف مباشر على الأعمال موضوع العقد .

٣- يجب أن تهدف الأشغال محل العقد تحقيق نفع عام :

فأعمـال الأشـغال العامة يجب أن تستهدف تحقيق المصلحة العامة والنفع العام . كإنشاء المستشفيات لعلاج المرضى أو إنشاء المدارس وغير ذلك .

وفـى بدايـة الأمـر ربـط القضاء الإدارى بين فكرة عقد الأشغال والأعمـال الـتى تدخل فى نطاق المرفق العام . أى على عقارات تدخل فى

---

(١) محكمـة القضاء الإدارى – حكمها فى القضية ٢٨٤ لسنة ٨ق بتاريخ ٢٣ ديسمبر ١٩٥٦ س١١ ص١٠٤ .

إطار المرافق العامة . ولكن سرعان ما أنفك هذا الترابط بين الفكرتين .

وارتبطـت فكـرة الأشغال العامة أيضاً بالأموال العامة . فكل عقود الأشـغال التى تتعلق بالدومين العام تعتبر عقوداً إدارية . أما إذا تعلقت هذه العقود بالدومين الخاص فإنها تكون عقوداً مدنية .

علـى أنـه سـرعان مـا انفصلت فكرة الأشغال العامة عن فكرتى المـرفق العـام والأموال العامة . وأصبح كاف وحده أن تتحقق للإدارة من وراء العقد مصلحة عامة .

المبحث الثالث

عقـد التوريـد

يعـرف عقـد التوريد بأنه اتفاق بين أحد الأشخاص المعنوية العامة وأحد الأفـراد أو الشـركات علـى توريد منقولات لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معيـن. وهـو المعنى الذى رددته محكمة القضاء الإدارى فى أحكامها ففى حكمها بتاريخ ٢ ديسمبر ١٩٥٢ ذهبت إلى أن عقد التوريد هو «اتفاق بين شـخص معـنوى من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوى لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين»[١].

وعلى ذلك فإنه على خلاف عقد الأشغال العامة الذى لا يرد إلا على عقـار فـإن عقد التوريد يتعلق دائما بمنقول . كالبضائع ، والمواد الغذائية

---

(١) محكمة القضاء الإدارى – بتاريخ ٢ ديسمبر ١٩٥٢ المجمعة س٧ ص٧٦ .

والأجهزة الطبية وغير ذلك .

كمـا أن عقـد التوريد يختلف عن استيلاء الإدارة على المنقولات المملوكة للأفراد. فالأول يتم رضاء وبالاتفاق بين الطرفين أما الثانى فيأتى غصباً ولضرورة ملجئة تحتم على الإدارة القيام بذلك .

وعقـد الـتوريد لـيس عقداً إدارياً بطبيعته كما الأمر بالنسبة لعقد الالـتزام وعقد الأشغال . وإنما يكتسب هذه الصفة لخصائصه الذاتية أى إذا توافـرت فـيه عناصر وجود العقد الإدارى كما سبق وحددناها ومن ثم فإن عقد التوريد قد يكون مدنيا كما قد يكون إدارياً .

وقد يختلط عقد التوريد بعقد آخر . وفى هذه الحالة يسرى على كل عقد الأحكام الخاصة به وهو ما تقرره المحكمة الإدارية العليا حيث تقرر أن مثار المنازعة انصب كله على إصلاح الدارجات البخارية «الموتوسيكلات» وعلـى توريد وتركيب كل ما يلزم لها من قطع غيار جديدة وصاج وأخشاب ومشـمع ومقابض وما إلى ذلك واستكمال الفوانيس والإشارة الحمراء ولما كان التوريد فى هذا العقد ذا شأن محسوس منه حيث قيمته وأهميته بجانب العمـل فـإن العقـد ينطوى على مزيج من مقاولة الأعمال والتوريد ، تقع المقاولـة علـى أعمـال الإصلاح وتتطبق أحكامه عليه ويقع التوريد على المواد وتسرى أحكامه فيما يتعلق بها »[1].

---

(١) المحكمة الإدارية العليا – ١٩٦٩/١/٢٥ الموسوعة جـ١٨ ص١١٤٣ .

الباب الثانى

إبرام العقود الإدارية

إبرام العقود الإدارية

مـن المسـلم أن العقـد سواء أكان مدنياً أم إدارياً يتكون بتوافق إرادتيـن بقصـد أحداث أثر قانونى معين . على أنه إذا كانت أطراف العقد المدنـى يتمـتعون بحرية كبيرة فى التعبير عن إرادتهم فى تحديد مضمون العقـد ووسـائل تنفيذه – كقاعدة عامة – فإن الأمر يختلف كثيراً بالنسبة للعقـد الإدارى باعتـبار أن الإدارة نعتبر طرفاً فيه تبرمه باعتبارها شخصاً من أشخاص القانون العام مستخدمة فى ذلك أساليب السلطة العامة وتهدف مـن ورائـه إدارة مرفق عام أو تسييره . ومن ثم فإن المشرع حدد نظاما معيـنا للعقـد الإدارى يحكمـه فى مراحله المختلفة بدءا من ضرورة رصد الاعتمادات المالية ثم قواعد إبرامه ، وبعد ذلك كيفية تنفيذه وتحديد آثاره .

ولأهمية عملية تكوين العقد الإدارى فإن القوانين المعنية فى الدولة تـنظم هـذه العملية بدءا من الإجراءات التمهيدية اللازمة قبل التعاقد مثل الأذن المـالى أو الموافقـات السـابقة وغـيرها .. مرورا بأساليب التعاقد الإدارى كالمناقصـة والمـزايدة بأنواعهـا المخـتلفة والممارسة والاتفاق المباشر وغير ذلك من النظم التى قد ينص عليها القانون وانتهاء بالتصديق على العقد واعتماده ودخوله فى طور التنفيذ .

وعلى ذلك سوف نقسم هذا الباب إلى فصلين كما يلى :

الفصل الأول : الإجراءات السابقة للتعاقد الإدارى .

الفصل الثانى : أساليب إبرام العقود الإدارية .

وذلك كما يلى :

الفصل الأول

الإجراءات السابقة على التعاقد

تتمثل الإجراءات السابقة على إبرام العقد الإدارى فيما يلى :

أولاً : تقديــر الاحتــياجات الفعلية والضرورية بسير العمل والإنتاج داخل الوحدة الإدارية

ثانياً : الاستشارة السابقة .

ثالثاً : توافر الاعتماد المالى .

رابعاً : التصريح بالتعاقد .

وسوف نبحث كل منها فى مبحث مستقبل .

المبحث الأول

تقدير الاحتياجات الفعلية للإدارة

تتمــثل أولــى خطوات إبرام العقد الإدارى التمهيدية فى قيام الجهة الإداريــة الراغــبة فــى إبــرام العقــد الإدارى بتقدير احتياجاتها الفعلية والضــرورية . وهــو الأمــر الذى تنص عليه اللائحة التنفيذية فى المادة الأولى «يكون التعاقد فى حدود الاحتياجات الفعلية الضرورية لسير العمل أو الإنتاج على أساس دراسات واقعية وموضوعية تعدها الإدارة المختصة مع مــراعاة مســتويات التخزيــن ومعدلات الاستهلاك ومقررات الصرف ، ولا يجــوز الــتعاقد على أشياء يوجد بالمخازن أنواع مماثلة لها أو بديلة عنها تفى بالغرض» .

والغرض من هذا التحديد والتقدير لحاجة الجهة الإدارية قبل الطرح هــو الحفــاظ علــى موازنة الجهات الإدارية وضمان استخدامها الاستخدام الأمــثل . وحــتى لا تندفع الجهات الإدارية فى تعاقدات تستنزف المال العام دون أن تكون بحاجة إليها .

ويرتبط بهذا الإجراء الأولى ما قرره القانون من حق الجهة الإدارية فى تعديل العقد سواء بزيادة التزامات المتعاقد معها أو بانقاصه وفقا لنص المادة ٧٨ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ والتى تنص علــى أنــه «يحق للجهة الإدارية تعديل كميات أو حجم عقودها بالزيادة أو الــنقص فــى حدود ٢٥% بالنسبة لكل بند بذات الشروط والأسعار دون أن يكــون للمتعاقد مع هذه الجهات الحق فى المطالبة بأى تعويض عن ذلك . ويجــوز فــى حــالات الضــرورة الطارئة وبموافقة المتعاقد تجاوز النسبة الواردة بالفقرة السابقة . ويجب فى جميع حالات تعديل العقد الحصول على موافقــة السلطة المختصة ووجود الاعتماد المالى اللازم وأن يصدر التعديل خــلال فــترة ســريان العقد وألا يؤثر ذلك على أولوية المتعاقد فى ترتيب عطائه .

وفى مقاولات الأعمال التى تقتضى فيها الضرورة الفنية تنفيذ بنود مســتجدة بمعــرفة المقــاول القائم بالعمل دون غيره فيتم التعاقد معه على تنفــيذها بموافقــة السلطة المختصة وذلك بطريق الاتفاق المباشر وبشرط مناسبة أسعار هذه البنود لسعر السوق» .

فمــن الواضــح أن هــذه المــادة تعــالج قصور الإدارة فى تحديد احتياجاتها قبل التعاقد .

وهــذا القصــور قد يكون مرده حالة الضرورة وفى هذه الحالة فإن

التعديل نص القانون على أن يكون بغير تعويض إذا ما كان هذا التعديل فى حدود نسبة الـ ٢٥% التى نصت عليها اللائحة وهو أمر محل نظر لدينا إذ أن العــدل والمنطق يقتضى أن تعوض الإدارة المتعاقد معها عن أية أضرار أو فروق فى الأسعار تكبدها نتيجة هذا التعديل .

وقــد يكــون مــرده سوء تقدير جهة الإدارة لتجديد احتياجاتها قبل الــتعاقد وفى هذه الحالة يجب على جهة الإدارة أن تتحمل تعويض الطرف الأخــر عن كافة الأضرار التى يمكن أن تحدث لــه نتيجة امتداد أو انحسار العقــد وفقــا لما نصت عليه المادة ٧٨ من اللائحة التنفيذية . وهو الأمر الــذى ذهبــت إليه لجنة الفتوى لوزارة الداخلية إذ قررت عدم جواز إساءة الجهة الإدارية لحقها فى تحديد احتياجاتها بانقاص حجم التعاقد مع إعطائها لنفســها حق إعادة حجم التعاقد إلى وضعه الأصلى أو زيادته بنسبة ٢٥% خلال عام من تاريخ التعاقد(١) .

ومــن ذلــك يتضــح أن حسن تقدير الإدارة لاحتياجاتها يؤدى إلى انضــباط العقــد سواء فى مرحلة إبرامه أو فى مرحلة تنفيذه وهذا التقدير والتحديد لاحتياجات الجهة الإدارية يتصل به مرحلة أخرى أكثر أهمية وهى مرحلة تحديد المواصفات اللازمة لما سيطرح للتعاقد وهو ما سوف نتناوله بالتفصيل عند دراسة كراسة الشروط والإعلان عن المناقصة .

---

(١) فــتوى رقــم ٤٠٥ فــى ١٩٨٩/٧/١٠ ملــف رقم ١٢٧/٢٤ مشار إليه فى أحمد منصور: المشكلات العملية فى المناقصات والمزايدات – المرجع السابق – ص٢٥.

المبحث الثانى

الاستشارة السابقة

يفرض القانون أحيانا على جهة الإدارة أن تستشير جهة معينة قبل أن تـبرم عقودها وذلك تحقيقا لاعتبارات يقدرها . فقد يكون ذلك لاعتبارات قانونـية تستدعى ضرورة اللجوء إلى جهة متخصصة قادرة على الصياغة القانونـية للعقـد أو لاعتبارات فنية تستلزم اللجوء إلى جهة متخصصة فى موضوع العقد .

وهذه الاستشارة السابقة قد تشمل جميع الجهات الإدارية فى الدولة ومـن ذلـك مـا نص علية قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ فى المـادة ٥٨ والـتى تنص على أنه «لا يجوز لأية وزارة أو هيئة عامة أو مصـلحة مـن مصالح الدولة أن تبرم أو تقبل أو تجيز أى عقد أو صلح أو تحكـيم أو تنفيذ قرار محكمين فى مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء الإدارة المختصة »[١].

وقـد كانـت المـادة ٣٥ مـن القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ بشأن المناقصـات والمزايدات العامة تكرر ذات الحكم الذى تقرره المادة ٥٨ من قانون مجلس الدولة . ولكن القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ جاءت نصوصه خالـية مـن مثل هذا النص . إلا أن ذلك لا يغير من ضرورة التزام الجهات الحكومـية بأحكامه نظرا لوروده فى قانون مجلس الدولة ، وقد كان تكرار الأمر فى قانون المناقصات تحصيل حاصل وذكر لمفهوم .

وقـد تكون الاستشارة مقصورة على جهة محددة ومن ذلك ما نص

---

(١) سليمان الطماوى . الأسس العامة – المرجع السابق – ص٣٥٩ .

علـــيه قـــانون الإدارة المحلية فى المادة ١٣ على تخويل المجلس الشعبى المحلـــى للمحافظـــة بالنســـبة للمجالس الشعبية المحلية الأخرى فى نطاق المحافظة :

١ - الأشراف والرقابة على أعمال ونشاط هذه المجالس .

٢ - التصديق أو الاعتراض على القرارات التى تصدر من هذه المجالس فى الحدود التى تقررها اللائحة التنفيذية » .

واللجـــوء إلى طلب الاستشارة قد يكون ملزما وقد يكون غير ذلك . علـــى أنـــه فـــى جميع الأحوال لا تكون جهة الإدارة ملزمة باتباع ما نصت علـــيه الفـــتوى إلا حين يلزمها القانون بذلك فالأصل أن الفتوى غير ملزمة وإن كانت لازمة .

المبحث الثالث

الاعتمـــاد المالـــى

مـــن المســـلم أن الإدارة - بصـــفة عامة - لا تستطيع أن تمارس نشـــاطاً يتكلف أعباء مالية إلا إذا وجد الاعتماد المالى المخصص لذلك فى الموازنـــة العامـــة . وإبرام الإدارة للعقد الإدارى يخضع - بطبيعة الحال - لهـــذه القاعدة . وهو الأمر الذى تنص عليه المادة ٢٤ من قانون الموازنة العامـــة رقم ٥٣ لسنة ١٩٧٣ على أنه لا يجوز استحداث نفقات غير واردة بالموازنـــة إلا بعد الرجوع إلى وزارة المالية والاقتصاد والتجارة الخارجية وموافقة مجلس الشعب وصدور القانون الخاص بذلك .

وفضـــلاً عـــن ضرورة توافر الاعتماد المالى حتى تشرع الإدارة فى إبـــرام عقودها فإنه يجب عليها أن تتبع القواعد القانونية التى تحدد كيفية

استخدامه .

وعلـــى الرغم من أهمية توافر الاعتماد المالى كإجراء تمهيدى حتى تلجـــأ الإدارة إلى إبرام العقد لتوفير احتياجاتها فإن تخلفه أمر لا يؤثر على صـــحة إبـــرام الإدارة لعقودها . ومرد ذلك صعوبة علم المتعاقد مع الإدارة بوجـــود هذا الاعتماد من عدمه نظراً لتعلق الأمر بأمور داخلية لدى الإدارة فضلاً عن تطلب علم المتعاقد بذلك قد يؤدى إلى تأخر إبرام الإدارة لعقودها ممـــا يؤثـــر ســـلباً على انتظام واطراد سير المرافق العامة[1]. وعدم تأثير تخلـــف الاعـــتماد المـــالى أو تأخره على العقود التى أبرمتها الإدارة يرتب نتيجتين هامتين :

الأولى : أن توافـــر الاعـــتماد المالى لا يلزم الإدارة بالتعاقد فوجوده لـــيس إلا إذنا غير ملزم للإدارة بالتصرف ، فقد تجد الإدارة فى عدم التعاقد رغم وجود هذا الاعتماد المخصص تحقيق المصلحة العامة .

الثانية : أن إبـــرام الإدارة لعقودهـــا رغـــم تخلف الاعتماد المالى لا يؤثـــر فى صحة العقد الإدارى ، إذ أن وجود هذا الاعتماد من عدمه أمر لا يتصـــل بشروط صحة أو نفاذ هذا العقد . ولا يعدو تخلف الاعتماد المالى أن يكون مخالفة إدارية خارج نطاق العقد يتحمل وزرها المسئول عنها .

علـــى أن تخلف الاعتماد المالى فى مثل هذه الحالة إنما يرتب أثراً هامـــاً وهـــو عدم قدرة الإدارة على دفع ما يترتب عليها من التزامات مالية تنتج عن العقد إلا بعد توافر هذا الاعتماد.

وفى حكم لها أكدت المحكمة الإدارية العليا ذلك بقولها « فالثابت فى

---

(١) فتحى فكرى : محاضرات فى العقود الإدارية – ١٩٩٤ – ص٤٣ .

فقـــه القانون الإدارى أن العقد الذى تبرمه الإدارة مع الغير – كعقد الأشغال العامـــة أو الـــتوريد مـــثلاً – يـــنعقد صحيحاً وينتج آثاره حتى لو لم يكن الـــبرلمان قد اعتمد المال اللازم لهذه الأشغال ، أو حتى لو جاوزت الإدارة حدود هذا الاعتماد ، أو لو خالفت الغرض المقصود منه ، أو لو فات الوقت المحـــدد لاستخدامه ، فمثل هذه المخالفات – لو وجدت من جانب الإدارة – لا تمـــس صـــحة العقد ولا نفاذه ، وإنما قد تستوجب المسئولية السياسية . وعلـــة ذلـــك ظاهرة ، وهى أن هذه العقود الإدارية التى تبرمها الإدارة مع الغير هى روابط فردية ذاتية وليست تنظيمية عامة ويجب من ناحية حماية هـــذا الغـــير ومـــن ناحية أخرى عدم زعزعة الثقة فى الإدارة ، فليس فى مقـــدور الفرد الذى يتعاقد معها أن يعرف مقدماً ما إذا كان قد صدر اعتماد أو لم يصدر ، وما إذا كان يسمح بإبرام العقد أو لا يسمح وما إذا كان العقد فـــى حدود الغرض المخصص له الاعتماد او ليس فى حدود هذا الغرض ، كـــل أولـــئك من الدقائق التى يتعذر على الفرد العادى بل الحريص التعرف عليها . ولو جاز جعل صحة العقود الإدارية أو نفاذها رهنا بذلك لما جازف أحد بالتعاقد مع الإدارة ، ولتعطل سير المرافق العامة[1]».

المبحث الرابع

الإذن بالتعاقـــد

لأهمـــية بعـــض العقـــود الإدارية يستلزم المشرع لإبرامها حصول الجهـــة الإداريـــة الراغبة فى التعاقد على إذن بذلك من جهة يحددها .فثمة

---

(١) المحكمـــة الإداريـــة العليا – ١٩٥٦/٢/١١ الموسوعة الإدارية الحديثة جـــ٢٣ – ص١٥٧٠ .

عقود إدارية لا يجوز لجهة الإدارة أن تبرمها إلا بعد موافقة البرلمان وثمة عقود أخرى تتطلب موافقة جهة إدارية أخرى . وذلك على النحو التالى :

المطلب الأول

تطلب موافقة البرلمان لإبرام بعض العقود الإدارية

نظـــراً لأهمية بعض العقود الإدارية التى قد تتصل بالمصلحة العليا للـــبلاد أو تمس الأمن القومى أو يترتب عليها التزامات تستمر مدة طويلة من الزمن فإن المشرع الدستورى تطلب لإبرام هذه العقود موافقة البرلمان وقـــد جـــرت الدســـاتير المصرية على هذا النهج[١]ففى دستور ١١ سبتمبر ١٩٧١ وردت هذه النصوص لتكرس هذا المبدأ .

مـــادة ١٢١ لا يجـــوز للســـلطة التنفيذية عقد قروض أو الارتباط بمشـــروع يترتـــب علـــيه إنفاق مبالغ من خزانة الدولة فى فترة مقبلة إلا بموافقـــة مجلس الشعب » . مادة ١٢٣ «يحدد القانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامـــة كمـــا يبيـــن أحوال التصرف بالمجان فى العقارات المملوكة للدولة والقواعد والإجراءات المنظمة لذلك» .

وعلـــى ذلك فإنه وفقاً لهذه النصوص لا يجوز للسلطة التنفيذية أن تقـــدم علـــى إبـــرام مـــثل هذه العقود إلا إذا توافرت الموافقة المسبقة من الـــبرلمان وذلـــك تحقـــيقاً للرقابة البرلمانية على أعمال الحكومة . بل إن مجلـــس الدولة المصرى حرصاً منه على هذا المبدأ فقد أعمله على الرغم

---

(٢) راجـــع المـــادة ١٣٧ من دستور ١٩٢٣ والمادتين ٩٦ ، ٩٨ من دستور ١٩٥٦ والمادة ٧٢ ، ٧٤ من دستور ١٩٦٤ .

من سقوط دستور ١٩٢٣ بعد قيام ثورة ٢٣ يوليه وقبل صدور دستور ١٦ يناير ١٩٥٦ إذ أفتى قسم الرأى فيه مجتمعاً بما يلى :

«باستقراء أحكام الدساتير المقارنة – لا سيما البلجيكى والفرنسى – يبين أن هناك عرفا دستوريا مستقراً يقضى بقيام نوع من الرقابة البرلمانية علــى الســلطة التنفــيذية فــى خصوص منح التزامات المرافق العامة أو اســتغلال مــوارد الــثروة الطبيعية غير أن هذه الرقابة ليست مطلقة ، بل تقتصر على المرافق القومية الرئيسية والموارد الطبيعية الهامة .

المطلب الثانى

تطلب موافقة جهة إدارية قبل إبرام العقد

وفى هذه الصورة يتطلب المشرع ضرورة موافقة جهة إدارية أعلى قــبل إبرام العقد وهى صورة كثيرة الحدوث عملاً ويصعب حصر حالاتها . وتهــدف إلى تحقيق رقابة ذاتية لجهة الإدارة بحيث تراقب الجهة الأعلى ما دونها من الجهات الإدارية حينما تلجأ الأخيرة إلى إبرام عقودها . ولعل أهم تطبــيقات هذه الصورة تتبدى فى علاقة الإدارة المركزية بالهيئات الإدارية التى تخضع لرقابتها الوصائية سواء أكانت هذه الهيئات إقليمية أم مرفقيه . ومــن أمــثلة ذلك ما ورد فى القانون ٤٣ لسنة ١٩٧٩ فى المادة ١٤ منه علــى أنــه « يجوز للمجلس بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء – التصرف بالمجــان أو التأخــير بإيجــار أسمى أو أقل من أجر المثل لأحد الأشخاص الاعتــبارية الخاصة أو لجهة أجنبية فى حدود خمسين ألف جنيه فى السنة المالية الواحدة لغرض ذى نفع عام» .

كما تنص المادة ٤٢ فقرة ٤ على أنه لا يجوز التصرف بالمجان فى

مـــال مـــن أموال المركز أو تأجيره بإيجار أسمى أو أقل من أجر المثل فيما يجاوز خمسين ألف جنيه فى السنة الواحدة إلا بموافقة مجلس الوزراء» .

المطلب الثالث

أثر مخالفة الإدارة لقواعد الإذن بالتعاقد

ســـبق وأن علمـــنا أن مخالفـــة الإدارة للقواعد التى تنظم ضرورة وجـــود اعـــتماد مالى قبل التعاقد أو القواعد التى تحدد إجراءات صرفه لا تؤثـــر على العقد الإدارى وأن العقد على الرغم من مخالفة الإدارة فى مثل هذه الحالة يظل صحيحاً منتجاً لآثاره القانونية سواء فى مواجهة الإدارة أو فى مواجهة المتعاقد معها .

إلا أن الأمر مختلف تماماً فى حالة إبرام الإدارة للعقد دون الحصول علـــى الإذن بالتعاقد . فوجود الإذن ضرورى لقيام الرابطة العقدية . فتعاقد الإدارة دون حصولها على هذا الإذن يؤدى إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا[١].

وهـــو الأمـــر المســـلم فـــى الفقه الإدارى الفرنسى وذلك نظراً لأن القواعد المتعلقة بالإذن السابق تتعلق بالنظام العام[٢].

وبهذا الرأى استقر مجلس الدولة فقد ذهب قسم الرأى فيه فى فتواه إلـــى أنـــه « إذا كانـــت السلطة التشريعية وهى سلطة مستقلة عن السلطة التنفـــيذية لم تعبر عن رأيها فإن إرادة الدولة لا تكون حينئذ معيبة فحسب وإنمـــا تكـــون مـــنعدمة إطلاقا ، إذ أن انفراد السلطة التنفيذية الممثلة فى

---

(١) سليمان الطماوى – الأسس العامة – المرجع السابق – ص٣٤٢ .

(٢) De laubader. Moderne et Devolvé, op. Cit p. 482.

مجلس الوزراء بالتعبير عن إرادة الدولة فى عقد التبرع ، يعتبر منها طغيانا على السلطة التشريعية يعدم إرادة الدولة ، ومتى انعدمت الإرادة التى تعتبر العنصر الأساسى فى تكوين العقد يكون العقد باطلا مطلقا فى نظر القانون . وإنما هو واقعة مادية بحت وبالتالى يسقط هذا العقد مع ما يترتب على ذلك من آثار»[١] .

وهو ما سبق أن قرره أيضاً قسم الفتوى مجتمعاً بفتواه بتاريخ ١٨ /٥/ ١٩٥٠ حيث بين أن «الاختصاص فى القانون العام يقابل الأهلية فى القانون الخاص .وكما يشترط لكى يكون التصرف الفردى صحيحاً منتجاً لآثاره القانونية أن يكون المتصرف متمتعاً بالأهلية القانونية لإبرامه . كذلك يشترط لصحة التصرف الإدارى أن يكون الموظف الذى يصدر منه هذا التصرف مختصا وأن يكون موضوعه جائزا ومشروعاً وأن تراعى فيه الشروط الشكلية التى ينص عليها القانون . على أن الاختصاص فى القانون العام أضيق نطاقاً من الأهلية فى القانون الخاص إذ الأصل فى القانون الخاص أن الشخص ذو أهلية ما لم ينص القانون على عكس ذلك . أما فى القانون العام فالأصل أن الموظف غير مختص بها إلا بالنسبة إلى المسائل التى ينص على اختصاصه بها ، وفى الحالة المعروضة لا اختصاص للسلطة التنفيذية فى الترخيص باستغلال الثروة الطبيعية فالتزامها باطل بطلانا مطلقا لعدم اختصاصها به ومن ثم لا يترتب على هذا الالتزام الباطل أثر[٢]» .

---

(٣) فتوى قسم الرأى مجتمعاً بتاريخ ١٩٥٤/٩/٢٢ مجموعة الفتاوى السنة الثامنة ومنصف التاسعة ص٢٢٦ .

(١) فتوى قسم الرأى مجتمعاً بتاريخ ١٩٥٠/٥/١٨ - مجموعة أبو شادى - ص٨٦ .

الفصل الثانى

أساليب إبرام العقود الإدارية

تتعدد الوسائل التى تلتزم الإدارة من خلالها إبرام العقد الإدارى وقد وردت هـذه الوسائل بنص المادة الأولى من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ كمـا يلى «يكون التعاقد على شراء المنقولات أو على مقاولات الأعمال أو الـنقل أو علـى تلقى الخدمات والدراسات الاستشارية والأعمال الفنية عن طـريق مناقصات عامة أو ممارسات عامة ويصدر باتباع أى من الطريقين قـرار من السلطة المختصة وفقا للظروف وطبيعة التعاقد . ومع ذلك يجوز استثناء وبقرار مسبب من السلطة المختصة التعاقد بإحدى الطرق الآتية :

أ - المناقصة المحدودة .

ب - المناقصة المحلية .

ج - الممارسة المحدودة .

د - الاتفاق المباشر .

ولا يجـوز فـى أيـة حال تحويل المناقصة إلى ممارسة عامة أو ممارسـة محدودة وفى جميع الحالات يتم التعاقد فى الحدود ووفقا للشروط والقواعد والإجراءات الواردة بهذا القانون ولائحته التنفيذية» .

ويلاحظ أن القانون الجديد جعل من المناقصات العامة والممارسات العامـة طريقان أساسيان للتعاقد على خلاف ما كان فى ظل القانون السابق أو القوانين التى سبقته حيث كانت تمثل المناقصة العامة الأسلوب الأساسى فى إبرام العقود الإدارية .

وتمـثل إجراءات التعاقد عن طريق المناقصة العامة القواعد العامة

لغــيرها مــن الأساليب الأخرى ومن ثم سوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين نتــناول فــى الأول المناقصات وفى الثانى الأساليب الأخرى للتعاقد الإدارى غير المناقصة العامة .

المبحث الأول

المناقصـــات

إذا كــان القــانون الجديد رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات قد أحدث تطوراً جزئياً نحو إطلاق حرية الإدارة فى التعاقد وذلك بإعطائها الحق فى الاختيار بين أسلوب المناقصة العامة والممارسة العامة كأســلوب لإبــرام العقــد الإدارى فإن المناقصة بأنواعها المختلفة تظل فى الواقــع العملــى الأسلوب الأساسى فى التعاقد الإدارى على الأقل فى بعض الحالات .

ونظراً لأهمية المناقصات فسوف نفصل دراستها على الوجه التالى:

أولاً: المبادئ العامة التى تحكم نظام المناقصة العامة .

ثانياً : كيفية إسناد التعاقد فيها . وذلك على الوجه التالى :

المطلب الأول

المبادئ العامة التـى تحكم نظام المناقصة العامة

المــبدأ التقليدى فى التقدم للمناقصة العامة يعنى حرية الدخول فيها والتقدم بعطاء ابتغاء التعاقد مع جهة الإدارة .

فإجــراءات المناقصة العامة ما هى إلا دعوة إلى التعاقد تعلن عنها الإدارة بصــورة حددها القانون وكفل فى إجراءاتها تحقيق حرية المنافسة بين المتقدمين بعطاءاتهم في المناقصة.

فمــنطق المناقصـــة التقلــيدى يقضى بأن المتناقصين يتقدمون فى مسابقة علنية بعروضهم فى الحدود التى يحددها القانون أو تشترطها جهة الإدارة كلما أمكن ذلك ما عدا السعر فإنه يكون محدداً تحديداً قاطعاً(١).

ومــبدأ حرية التقدم فى المناقصة . يؤدى إلى ضرورة ضمان حرية المنافســة فــى إجراءاتها . فكل إجراء يؤدى إلى تقييد حرية المنافسة بين المتناقصــين يــؤدى فــى ذات الوقــت إلى النيل من مبدأ حرية التقدم فى المناقصـــة ، فالتطبيق العملى لهذا المبدأ يقتضى ضمان حرية المنافسة فى إجراءات المناقصة العامة .

الفرع الأول

المبدأ الأول : حرية المنافسة

سوف نبين أولاً : مفهوم مبدأ حرية المنافسة فى المناقصة العامة. وثانــياً : حدود مبدأ حرية المنافسة وسلطة الإدارة فى الحرمان من دخول المناقصة .

أولاً: مفهوم حرية المنافسة :

حــرية المنافسة تعنى حرية دخول المناقصة التى تعلن عنها الإدارة

---

(١) Le Clére (Julien) : Les Marchés de fournitures et de travaux publics, 1949 .P. 64.

وفـــى الحدود التى يحددها القانون . ومبدأ حرية المنافسة بهذا المعنى يعد مـــن المـــبادىء الحاكمة لنظام المناقصات العامة[١] . وترتيباً على ذلك فإن الإدارة لا تســـتطيع أن تمـــنع أحـــد الأفـــراد أو المشروعات من التقدم إلى المناقصـــة الـــتى أعلنـــت عنها طالما أن المتقدم قد استوفى الشروط التى تطلـــبها القانون . كما أن اتجاه الإدارة لتفضيل أحد المتقدمين على حساب أخريـــن يؤدى إلى بطلان هذا الإجراء إلا إذا كان هذا التفضيل مستنداً على أساس قانونى .

ولأهمية مبدأ حرية المنافسة فى إجراءات المناقصة العامة حرصت التشـــريعات المختلفة على النص عليه فى صلب القانون الذى ينظم عملية المناقصـــات والمـــزايدات فوفقاً للمادة الثانية من قانون تنظيم المناقصات والمـــزايدات فـــى مصـــر رقـــم ٨٩ لسنة ١٩٨٨ يجب أن« يخضع كل من المناقصـــة العامـــة والممارســـة العامـــة لمـــبادئ العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة» .

وقـــد تقرر مبدأ حرية المنافسة بالنسبة للمناقصات والمزايدات فى عقـــود الدولة بمقتضى نص المادة ٨٥ من قانون العقود الفرنسى والمادة ٢٨١ بالنسبة للمناقصات والمزايدات فى العقود المحلية .

ومبدأ حرية المنافسة يجب توافره سواء فى المناقصة المفتوحة أو فـــى المناقصـــة المحـــدودة . فالمناقصة المحدودة أو المقيدة تخضع لسائر القواعـــد الخاصـــة بالمناقصـــة المفـــتوحة عدا ما تعلق منها بمدى حرية الاشتراك فيها .

---

(١) Quancard (Michel) : L'adjudication des marchés publics de travaux et de Fournitues : 1945, P. 52 et s .

ففى حين تتميز المناقصة المفتوحة بأن الاشتراك فيها يكون مكفولاً للـــناس كافـــة عـــن طـــريق الإعلان عن موضوع المناقصة والذى يتم فى الجـــرائد والمجـــلات . فإن المناقصة المحدودة يقتصر الاشتراك فيها على الأفراد أو المشروعات التى قررت الإدارة درج أسمائهم فى كشف خاص[1]. فمبدأ حرية المنافسة يجب أن يكون مكفولاً سواء فى هذه أو تلك .

ومـــبدأ حرية المنافسة – وإن كان يعنى حرية دخول المناقصة التى تعلن عنها الإدارة – إلا أن الأمر لا يعنى أن هذه الحرية مطلقة . فثمة قيود قد ينص عليها القانون أو تضعها الإدارة بمالها من سلطة تقديرية ، تؤدى إلـــى حـــرمان بعض الأفراد أو المشروعات من دخول المناقصات العامة ، دون أن يعـــد ذلك إخلالاً بمبدأ حرية المنافسة الواجب توافره فى إجراءات المناقصة .

ثانياً : القيود التى ترد على مبدأ حرية المنافسة :

إذا كـــان مبدأ حرية المنافسة يعنى حرية دخول المناقصة ، فإن هذا المبدأ يتحدد بما يكون للإدارة من سلطة فى تقدير حرمان أحد الأشخاص أو المشـــروعات مـــن الـــتقدم للمناقصات العامة التى تجريها . وقرار الإدارة بالحـــرمان قـــد يكـــون موقوتاً وقد يكون غير محدد المدة .وقد يكون مانعاً للشـــخص مـــن التقدم إلى جميع المناقصات والمزايدات العامة التى تجريها الإدارة وقد يقتصر على بعضها .

وفـــى كـــل الأحـــوال يترتب على قرار الإدارة بالحرمان عدم قبول

---

(١) فؤاد العطار – وسائل تعاقد الإدارة – نظرية المناقصة والممارسة – مجلة مجلس الدولة – س٥ يناير ١٩٥٤ ص٢٧٣ .

العطـــاءات التى يتقدم بها الشخص المحروم حتى ولو كانت هذه العطاءات مستوفاة لكافة الشروط التى حددتها الإدارة[١].

وعـــلاوة علـــى سلطة الإدارة فى حرمان الأفراد والمشروعات من دخـــول المناقصـــات العامـــة . فإن القانون قد ينص فى حالات محددة على الحرمان كعقوبة تبعية .

وحرمان الأفراد والمشروعات من دخول المناقصات العامة قد يكون حرماناً جزائياً وقد يكون حرماناً وقائياً . وذلك على التفصيل التالى :

ففـــى الحرمان الجزائى يكون تقرير الإدارة حرمان شخص معين – طبيعياً كان أو معنوياً – من دخول المناقصات العامة التى تدعو إليها بمثابة جـــزاء يوقع على هذا الشخص . وهذا الحرمان الجزائى قد يكون منصوصا علـــيه فى القانون كعقوبة أصلية أو تبعية . كما قد يكون جزاءً مقرراً على الشـــخص الطبـــيعى أو المعـــنوى لسبق ارتكابه أخطاء أو جرائم فى تنفيذ عمليات سابقة تعاقد عليها مع الإدارة .

وســـلطة الإدارة فى حرمان الشخص الطبيعى والمعنوى من الدخول فى المناقصات المستقبلية التى تعلن عنها نتيجة أخطاء سبق لهذا الشخص إقترافها فى تنفيذ عمليات سابقة مع الإدارة ، قد يكون منصوصاً عليها فى العقـــد بأوضاع معينة وبشروط محددة . وهنا لا يكون قرار الإدارة بالشطب أو الحرمان صحيحاً إلا إذا توافرت هذه الشروط .

ونظـــراً لخطورة الآثار المترتبة على قرار الإدارة بحرمان الشخص

---

(١) أحمـــد عـــثمان عياد – مظاهر السلطة العامة فى العقود الإدارية – رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق – جامعة القاهرة –١٩٨٣ – ص ١٥١ .

Q uancard (M.) : op. cit. p. 97.

من دخول المناقصات نتيجة لإخلاله السابق بالتزاماته العقدية أو استخدامه الغش أو تقديمه الرشوة بطريق مباشر أو غير مباشر لأحد موظفى الإدارة. فـإن القضاء فى إسباغ رقابته على قرار الإدارة بالحرمان يشترط أن يكون المـتعاقد عالما بالغش قاصداً التلاعب . وعلى ذلك فإن مجرد المخالفة فى المواصـفات التى لا ترقى إلى درجة الغش لا تبرر للإدارة حرمان الشخص مـن الـتقدم فى المناقصات وفى ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا «مجرد مخالفـة المواصفات المتفق عليها مع الإدارة لا يشكل غشاً أو تلاعباً يدعو إلى شطب اسم المتعهد من قائمة المتعاملين مع الإدارة ، إذ يلزم حتى ترقى مخالفة المواصفات إلى مرتبة الغش أن يثبت علم المتعهد بهذه المخالفة بما ينطوى عليه هذا العلم من الخداع من جانب المدعى فى حقيقة الشئ المسلم من حيث نوعه أو طبيعته أو صفاته الجوهرية التى جرى التعاقد عليها ففى هذه الحالة يتوافر سوء القصد الدال على استعمال الغش المبرر للشطب[1]».

وقضـت أيضاً بأن « مخالفة مواصفات التوريد لا تعتبر غشاً ما لم يثبـت أن المـورد كـان على علم بهذه المخالفة وأتى من الأفعال ما يخفى المخالفة عن جهة الإدارة أو يجعل من المتعذر عليها اكتشافها متى ثبت أن المـورد الذى يشترى الجبن من آخرين أو يتفق معهم على تصنيعه لا دليل علـى علمـه بمخالفة الجبن للمواصفات أو اتفاقه على توريد جبن مخالف للعقد فلا يفترض فيه هذا العلم إلا إذا كان هو صانع الجبن الذى يورده»[2].

---

(١) المحكمـة الإداريـة العلـيا – رقم ٩٢٩ لسنة ٩ق ١٧ يونيه ١٩٦٧ المجموعة س ١٢ق ص١١٩٢ .

(٢) المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ٤٣٦ لسنة ٢٦ق جلسة ٩ أبريل ١٩٨٥ القاعدة ١٤٠ ص٩٢٥ .

أمـا فـي حالـة **الحرمان الوقائى** تقوم الإدارة بإصدار قرار إدارى بمقتضى سلطتها التقديرية بحرمان الشخص الطبيعى أو المعنوى من التقدم إلى المناقصات العامة[١]. وهو بذلك يختلف عن الحرمان الجزائىفى أن هذا الأخـير يكـون عقوبـة تتقرر بنص القانون حينا ونتيجة لإخلال الشخص المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته العقدية . بينما الحرمان الوقائى يكون بمجرد قـرار إدارى مـن الإدارة حيـث تقدر بمطلق سلطتها التقديرية – حرمان الشـخص الطبيعى أو المعنوى – من الدخول فى المناقصات العامة لأسباب تتصل بالمصلحة العامة .

والحرمان الوقائى قد يكون بنص القانون ، كما قد يكون صادراً عن الإدارة لاعتبارات تقدرها تحقيقاً للمصلحة العامة . وذلك كله على التفصيل الآتى :

يكـون الحرمان الوقائى بنص القانون فى حالة ما إذا قدر القانون ضـرورة مـنع أشـخاص محدديـن بصفاتهم من دخول المناقصات العامة والمـزايدات وذلـك حمايـة للمصلحة العامة ، ومن ذلك دخول الموظفين العموميين وموظفى السلطات المحلية فى المناقصات العامة .

ففى القانون الفرنسى تحظر المادة الثامنة من المرسوم الصادر فى ٤ فبراير ١٩٥٩ رقم ٢٤٤ على الموظف العام بالذات أو بالوسالة الدخول فى مناقصات أو مزايدات فى دائرة اختصاصهم .

وعلـى هـذا الحكـم نصـت المادة ٣٩ من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ علـى أنه « يحظر على العاملين بالجهات التى تسرى عليها أحكام هذا القانون التقدم بالذات أو بالوساطة بعطاءات أو عروض لتلك الجهات .

---

(١) De Laubadere : op. cit. p 606 .

كما يجوز شراء أشياء منهم أو تكليفهم بالقيام بأعمال[1]» .

والحظــر الــذى يمــنع علــى الموظفيــن الدخول فى المناقصات والمــزايدات العامة يهدف إلى حماية المصلحة العامة ويعتبر حظراً موقوتاً إذ أنــه يــزول بــزوال ســببه وهو انتهاء الرابطة الوظيفية بين الموظف والإدارة إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك .

وتــنص المــادة ٩٥ من الدستور المصرى الصادر فى ١١ سبتمبر ١٩٧١ علــى أنــه «لا يجوز لعضو مجلس الشعب أثناء مدة عضويته أن يشــترى أو يستأجر شيئاً من أموال الدولة وأن يؤجرها أو يبيعها شيئا من أموالــه أو أن يقاضيها عليه أو أن يبرم مع الدولة عقداً بوصفه ملتزماً أو مقاولاً» .

كمــا أن هــذا الحظر يسرى أيضا بالنسبة لأعضاء مجلس الشورى وذلك تطبيقاً للمادة ٢٠٥ من الدستور ، والتى تقضى بأن « تسرى فى شأن مجلس الشورى الأحكام الواردة بالدستور بالمواد ٩٥ » .

وهــذا النص الدستورى واضح الدلالة على حرمان أعضاء مجلس الشــعب والشــورى من التقدم بعطاءاتهم فى المناقصات والمزايدات العامة وذلــك للــنأى بهم عن مواضع الشبهات . وتمكينا لهم من ممارسة دورهم الرقابى على أعمال السلطة التنفيذية .

وعلــى ذلــك نــرى أن ما تقرره المادة ٢٧١ من اللائحة الداخلية

---

(١) أورد القانون على ذلك استثناء يتعلق بشراء الكتب من تأليفهم أو تكليفهم بأعمال فنــية كالرسم والتصوير وما يماثلها أو شراء هذه الأعمال الفنية منهم إذا كانت ذات صلة بالأعمال المصلحية .

لمجلس الشعب من أن «الحظر الوارد بالمادة ٩٥ من الدستور لا يسرى على التعاقد الذى يتم طبقا لقواعد تسرى على الكافة» . يصطدم مع نص الدستور الوارد بالمادة ٩٥ والذى يحظر بصفة عامة أى تعامل بين عضو مجلس الشعب والشورى وبين الدولة . كما أن الغاية من الحظر تكمن فى الحيلولة بين مركز العضو النيابى وبين التعاقد مع الدولة حتى لا يستغل وظيفته النيابية لأغراض تتنافى مع المصلحة العامة وهو أمر يمكن أن يتحقق حتى مع عمومية قواعد التعاقد(١).

وفى ذلك تقول الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بجلسة ٥ ديسمبر ١٩٩٠ ملف رقم ٧١/١/٧» . فنص المادة ٩٥ صريح فى معناه ودلالته واضح فى حكمه من عبارته وما سيقت له ، وهو صادر عن نظر الدستور فى ريبة – إلى هذه البيوع والإيجارات والمناقصة والالتزام والتوريد والمقاولة من قبلهم مع الدولة فأراد درأها عنهم فحظرها كلية وعلى أى صورة كانت بثمن المثل أو القيمة الحقيقية إبعاداً لهم عن الشبهة وتنزيهاً عن الظن وهذا أزكى لهم وأكفل بقيامهم بواجبات عضويتهم وعدم الإفادة خلال مدة عضويتهم من أية منفعة شخصية نتيجة لها أو تكون مظنة لذلك وأن فى ذلك لتوطيد بالثقة العامة بهم . وأن ما جاء بالمادة ٢٧١ من اللائحة الداخلية لمجلس الشعب لا يعتد به ويعول عليه فى إجازة ما حظره الدستور ونص عليه صراحة فى المادة ٩٥ منه مما يجب التزامه وعدم تعدى حدوده .

والحرمان الوقائى كما يكون بنص القانون . فإنه قد يكون بقرار

---

(١) فى تفصيل ذلك راجع مؤلفنا الوسيط فى القانون الدستورى ١٩٩٥ – ١٩٩٦ – دار النهضة العربية ص٤٥٢ .

يصدر عن الإدارة بما تملك من سلطة تقديرية تمارسها تحت رقابة القضاء الإدارى الذى يضمن عدم إساءة استعمال الإدارة لهذه السلطة وانحرافها عن الهدف الأساسى الذى حدده القانون وهو حماية المصلحة العامة .

وإلى ذلك ذهب قضاء مجلس الدولة سواء فى فرنسا أو فى مصر . فقد قضت محكمة القضاء الإدارى فى مصر بأن « الوزارة لها الحق وهى بصدد تنظيم أعمال المناقصات الخاصة بمشروعاتها فى أن تستبعد المقاولين الذين يثبت لها عدم قدرتهم الفنية أو المالية لأداء هذه الأعمال ، وقرارها فى هذا الشأن يصدر بناء على سلطتها التقديرية ، ولا يطعن عليه إلا إذا شابه عيب إساءة استعمال السلطة»[١].

وفى نفس الاتجاه قضت المحكمة فى حكم آخر أن «قرارات الحرمان التى تصدرها الإدارة بهذا الخصوص تجد سندها ومصدرها فيما جرى به العرف الإدارى ، وفيما للإدارة من سلطة فى وضع مثل هذه القواعد التى تنظم أعمال المناقصة»[٢] .

ويتفق هذا القضاء مع قضاء مجلس الدولة الفرنسى والذى يرى أن قرارات الإدارة بالحرمان إنما تصدر عن سلطة تقديرية ، والتى لا يجوز للقضاء أن يعقب عليها مهما كانت الظروف التى يصدر بمناسبتها قرار الحرمان[٣] .

---

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى فى القضية رقم ١٧٣٨ لسنة ٦ق بتاريخ ٢٠ مارس ١٩٥٦ مجموعة المبادئ س١٠ قاعدة رقم ٢٨٤ ص٢٧١

(٢) حكم محكمة القضاء الإدارى بتاريخ ٢١ أبريل ١٩٥٧ - فى القضيتين ٢٩٤٦ لسنة ٧ق و٧٣٠٢ لسنة ٨ق مجموعة المبادئ س١١ - ص٣٦٩ .

(٣) CE. 5 Juillet 1902 Vauthihe Rec . P. 500 .

الفرع الثانى

مبـــدأ العلانيـــة

ومبدأ العلانية يعنى وضع مبدأ حرية المنافسة موضع التطبيق وهو الأمـــر الذى يستدعى بحث : الإعلان عن المناقصة ، وتحديد من لـــه الحق فى المشاركة فيها وهو ما سوف نتناوله كما يلى :

أولاً : الإعلان عن المناقصة :

يعتبر الإعلان عن المناقصة إجراء أساسياً وجوهرياً بالنسبة لنظام المناقصـــات العامـــة . ومـــن مقتضـــاه توجيه الدعوة إلى كافة المقاولين والمتعهدين الراغبين فى التعاقد مع الإدارة وبيان الشروط الموضوعية التى يتم بمقتضاها التقدم بالعروض إلى جهة الإدارة [١].

وعلى ذلك فإن الإعلان عن المناقصة لا يعدو أن يكون مجرد دعوة إلـــى الـــتعاقد ، ومـــن ثم فإنه لا يمثل إيجاباً تتقدم به الإدارة إلى المتعاقد معهـــا[٢]. وعلى ذلك استقر القضاء الإدارى المصرى حيث ذهبت المحكمة الإداريـــة العلـــيا إلـــى أن إعـــلان الإدارة عن إجراء مناقصة أو مزايدة أو ممارســـة لتوريد بعض الأصناف عن طريق التقدم بالعطاء وفقا للمواصفات والاشـــتراطات المعلـــن عنها هو الإيجاب الذى ينبغى أن يلتقى عنده قبول الإدارة لينعقد العقد[٣] .

---

(١) Quancard (M):, op. cit. P. 74 et s. Le clére (J); op. cit pp 68 – 69 .

(٢) De Laubedere : op. cit p. 594 .

(٣) المحكمـــة الإداريـــة العليا : جلسة ٢ ديسمبر ١٩٦٧- طعن رقم ٣٣٣ - س١٠ المجموعة س١٣ ص١٦٦ وإلى ذلك تذهب محكمة النقض ففى حكم لها قضت (=)

ومـبدأ علانـية المناقصة العامة يكفل تحقيق مبدأ حرية المنافسة ومـبدأ المسـاواة الواجب توافرهما فى إجراءات المناقصة العامة . إذ أنه يبيـن الإجراءات والشروط التى يمكن للمتقدمين للتعاقد مع الإدارة التنافس علـى أساسـها . وإذا كانـت المناقصة - كأسلوب لإبرام العقد الإدارى - تستهدف أن تتعاقد الإدارة مع أفضل العروض شروطاً وسعراً . فلا شك أن الإعـلان عن إجراءات المناقصة سوف يعمل على تحقيق هذا الهدف الذى تسـعى الإدارة لتحقـيقه مـن جـراء الأخذ بأسلوب المناقصة لإبرام العقد الإدارى[1].

ونظـراً لأهمـية الإعلان عن المناقصة ، فإن القوانين التى تنظمها دائما تحرص على النص عليه صراحة . فلقد نص عليه المشرع الفرنسى فـى قـانون العقود الإدارية وتطلب ضرورة توافره سواء فى عقود الدولة (المادة ٨٤) أو بالنسبة للعقود التى تبرمها المحليات[2].

ومبدأ الإعلان نصت عليه المادة الثانية من قانون تنظيم المناقصات

(=) أن طرح وزارة الزراعة مناقصة توريد مادة على أساس الشروط الواردة فى قائمـة الاشتراطات لا يعتبر قانونا إيجابا منها ، وإنما هو مجرد دعوة إلى التعاقد أما الإيجاب فهو يصدر ممن يتقدم بعطائه بالشروط المبينة » .نقض مدنى فى ٢٨/ ١٩٦٦/٣ مجموعة أحكام النقض س١٧ رقم ٩٩ ص٧٣٠ .

(١) Bonnard (R) : La passation des Marchés publics . Revue de droit public et de la scine politique n 59 , p . 159 .

(٢) Art : 84: les marchés par sdjudication Comportent pbligatoirement, la publicité de l'ouverture des soumission et d l'ouverture des sonmission et d l'attribution provisiore du marché.
Art 280; les marchés per adjudication Comportent obligatoirement I- la publicité de I;ouvertue de somission et de l'attribuion .

والمـــزايدات رقـــم ٨٩ لســـنة ١٩٩٨ فـــى مصر بقولها « تخضع كل من المناقصـــة العامـــة والممارســـة العامـــة لمـــبادئ العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة» .

١- موضوع الإعلان :

يتمـــثل موضـــوع الإعـــلان عن المناقصة فى البيانات اللازمة التى تمكـــن المخاطبيـــن بإجراءات المناقصة من العلم بها والإلمام بكل تفاصيل وجزئيات التعاقد المزمع إبرامه مع جهة الإدارة[١].

وفى القانون الفرنسى ينظم بيانات الإعلان بمقتضى القرار الوزارى الـــذى أصـــدره وزيـــر الاقتصـــاد الفرنسى فى ٢١ يناير ١٩٧٦[٢]. وطبقا لمقتضى هذا القرار يجب أن يتضمن الإعلان بيانات تبين موضوع المناقصة مـــع الشـــروط الأساســـية لها ، والجهة التى تسحب منها كراسات الشروط ويقـــدم إليها العطاءات ، وميعاد البت فى المناقصة وكذلك المستندات التى يجب تقديمها مع العطاء[٣] .

وفـــى مصـــر فإن المادة ٧ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات الجديـــد تنص على « يجب أن تعد كل جهة قبل الإعلان أو الدعوة للاشتراك فـــى المناقصة أو الممارسة بجميع أنواعها كراسة خاصة بمستندات الطرح تشـــمل الشـــروط العامـــة والخاصـــة والشروط والمواصفات الفنية وقوائم

---

(١) سعاد الشرقاوى – العقود الإدارية – المرجع السابق – ص٣٦٩ .

(٢) J. O. 30 Janvier 1976 p. 765 .

(٣) De Laubabadere: op. cit . p. 596

Auby (Jean- Français) : L'Europe des Marchés publics. A. J. D. A Avril 1990 p. 258 .

الأصـــناف أو الأعمـــال وملحقاتها. وهى ما اصطلح على تسميتها بكراسة الشروط».

٢- تحديد شروط المناقصة :

من النادر عمليا أن يتضمن الإعلان عن المناقصة ، كافة المعلومات والشـــروط الـــتى تحددها الإدارة لإجراء المناقصة . ولذلك فإن الإعلان عن المناقصـــة يحيل فى تحديد موضوع المناقصة والشروط المتطلبة فيه وكافة بـــياناته إلـــى ما يعرف بكراسة الشروط التى تعدها جهة الإدارة بخصوص موضـــوع المناقصة . والتى تتضمن قوائم الأصناف أو الأعمال . وفى واقع الأمر تتضمن كراسة الشروط كثيرا من أحكام العقد المزمع إبرامه بعد إتمام إجـــراءات المناقصة كما أنه كلما كانت فى شروطها عامة مجردة كان ذلك تطبـــيقاً عملـــياً لمـــبدأ المنافســـة ، وضرورة التسوية بين من يوجه إليهم الإعلان فى المناقصة[1] .

وقـــد بينـــت المـــادة ٣ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ كيفـــية تحديـــد هـــذه الشروط إذ نصت على أن «يكون الطرح على أســـاس مواصـــفات فنية دقيقة ومفصلة يتم وضعها بمعرفة لجنة فنية ذات خبرة بالأصناف أو الأعمال المطلوبة وتراعى المواصفات القياسية المصرية ومواصـــفات التوريدات الحكومية وغيرها من المواصفات التى تصدرها أو تعـــتمدها الجهات الفنية المختصة . وفى الحالات التى يتم فيها الطرح على أســـاس عيـــنات فيجـــب الـــنص على وزنها أو مقاسها أو حجمها ، وفى الأصـــناف الـــتى يلـــزم توريدها داخل عبوات يجب بيان نوع هذه العبوات

---

(1) De Laubadere : op. cit . p. 610 .
Quancard (m) : op. cit . p. 68 .
Le Clére (J) : op . cit p. 68 .

وسعتها ومواصفاتها . ويكون الطرح على أساس العينات النموذجية الخاصة بالجهة الإدارية فى الحالات التى يتعذر فيها توصيف موضوع التعاقد توصيفا دقيقا ويجوز فى هذه الحالة بيع نموذج منها لمقدمى العطاءات ويجب بالنسبة إلى مقاولات الأعمال إعداد الرسومات الفنية اللازمة .

ولا شك أن كراسة الشروط وما تحتويه من بيانات تمثل أهمية كبيرة فى تشكيل موقف المقاول أو المتعهد الذى يتقدم للتعاقد مع الإدارة وهذا يستلزم وجوب البحث فى الطبيعة القانونية لكراسات الشروط . وهل تعتبر جزءا من العقد الذى يتم إبرامه بين أحد المتقدمين بعطاءاتهم ؟ وما هو حكم القانون فى حالة التعارض بين نصوص العقد وما ورد فى كراسة الشروط . أو فى قانون المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية ؟

٢- الطبيعة القانونية لكراسات الشروط :

تعد كراسات الشروط التى تعدها الجهة الإدارية وتبين فيها قوائم الأصناف أو الأعمال موضوع المناقصة جزءاً لا يتجزأ من العقد وتمثل الشروط والمواصفات التى تحتويها أساساً للتعاقد بين جهة الإدارة ومقدم العطاء ، حتى ولو لم ينص على ذلك فى مضمون العقد الذى تم إبرامه بين جهة الإدارة والمتعاقد معها .

ولا يقدح فى هذا النظر أن الإعلان عن الناقصة وطرح كراسة الشروط للمخاطبين بهذا الإعلان لا يمثل سوى دعوة للتعاقد ، ولا يتضمن إيجاباً من قبل الإدارة . فالإيجاب يتقدم به مقدم العطاء . على أن هذا الإيجاب لا تتحدد معالمه وشروطه إلا بناء على الشروط والأحكام التى قررتها الإدارة ، فى كراسة الشروط[1].

---

(١) De Laubadere : op . cit . P. 611 .

وترتيباً على ذلك ، قضت المحكمة الإدارية العليا فى حكم لها أن « الأصـل أن مـن يوجـه الإيجاب فى العقد الإدارى إنما يوجهه على أساس الشـروط العامـة المعلن عنها والتى تستقل الإدارة بوضعها دون أن يكون للطـرف الأخر حق الاشتراك فى ذلك ، وليس لمن يريد التعاقد إلا أن يقبل هذه الشروط أو يرفضها فإذا أراد الخروج فى عطائه على هذه الشروط فإن الأصل أن يستبعد هذا العطاء [1].

وعلـى ذلك فإن الشروط والمواصفات الواردة بكراسة الشروط هى أسـاس الـتعاقد بين جهة الإدارة وأحد العطاءات المقدمة ، على أنه يجدر التسـاؤل عـن الحـل عـند تعارض الأحكام المنصوص عليها فى كراسة الشـروط عـن تلـك التى وردت فى قانون المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية ؟

والأمر لا يخلو من أحد فرضين :

الفـرض الأول : أن يـنص العقـد صراحة على الإحالة إلى نصوص قـانون المناقصـات ولائحـته التنفيذية . وهنا تكون هذه الشروط أساس التعاقد. فعلى أساسها وفى ضوء أحكامها تقدم المتعاقد مع الإدارة بالعطاء .

الفـرض الـثانى : خلـو العقـد مـن الإحالـة على نصوص قانون المناقصات ولائحته التنفيذية فهنا لا تعتبر هذه النصوص جزءاً من العقد إلا بالقدر الذى لا تتخالف فيه مع نصوص العقد وما ورد بكراسة الشروط فإذا خالفتها وجب تغليب نصوص العقد وما ورد فى كراسة الشروط .

---

(١) المحكمـة الإدارية العليا – طعن رقم ٢٣٣ لسنة ١٠ق جلسة ١٩٦٧/١٢/٢ سابق الإشارة إليه .

وقــد ذهبت الجمعية العمومية للفتوى والتشريع بمجلس الدولة إلى أن لائحة المناقصات والمزايدات لا تعتبر جزءاً من العقد ما لم يتضمن العقد أحكامهــا أو الإحالــة عليها باعتبارها جزءاً مكملاً له وأنه إذا تضمن العقد مخالفة صريحة لأحكام اللائحة فتكون العبرة بأحكام العقد نفسه[١].

وقــد ذهبــت المحكمــة الإدارية العليا فى حكم لها إلى أن الحكمة المــتوخاة مــن النص على غرامات التأخير فى العقود الإدارية هى ضمان تنفــيذ العقــود فى المواعيد المتفق عليها حرصاً على حسن سير المرافق العامــة بانــتظام وإطــراد وأنه إذا تضمنت كراسة الشروط تحديداً لمقدار الغــرامة التى يتحملها المتعاقد مع الإدارة فى حالة إخلاله بالتزاماته قبلها فــإن مقــدار الغــرامة حســبما نصت عليه هذه الشروط يكون هو الواجب إعماله دون النص اللائحى »[٢].

ثانياً : تحديد من له حق الاشتراك فى المناقصة :

مــبدأ المســاواة الــذى يحكــم إجــراءات المناقصة يتقيد بطبيعة المناقصــة، فليس ثمة تعارض بين مبدأ المساواة وبين قصر الاشتراك فى المناقصــة علــى مقاوليــن محدديــن أو مشروعات محددة وهو ما يعرف بالمناقصــة المحدودة أو المقيدة . أو قصرها على الأشخاص والمشروعات

---

(١) فــتوى رقــم ٤١٧ فــى ١٩٦٧/٤/١٥ – الموسوعة الإدارية الحديثة الجزء ١٨ ص٩٧٣ .

(٢) الطعــن رقــم ٩٤ لسنة ٩ق جلسة ١٩٦٥/١٢/١١ المجموعة فى ١٥ سنة المبدأ ١١٨ ص٢٠٦ وحكمهــا فــى الطعــن رقم ٨٥٨ لسنة ١٠ق جلسة ١٩٦٨/١/٦ وحكمهــا فــى الطعن رقم ٢٨٧ لسنة ١٩٧٤/٦/٢٩ الموسوعة الإدارية حـــ١٨ ص٦٩٣ .

المحلــية داخل نطاق محافظة معينة وذلك فى حالة المناقصة المحلية وذلك كما يلى :

فالمناقصـــة المقــيدة ، تختلف عن المناقصة المفتوحة فى أن حق الاشتراك فى المناقصة المقيدة مقصور على أشخاص أو مشروعات معتمدة لــدى جهـــة الإدارة فـــى ســـجلات وكشوف تعد لهذا الغرض ، والمناقصة المحـــددة تخضـــع لذات القواعد التى تخضع لها المناقصة المفتوحة إلا ما تعلـــق مـــنها بطريقة توجيه الدعوة للدخول فى المناقصة . ففى حين توجه الدعـــوة فى المناقصة المفتوحة للكافة فإن هذه الدعوة تقتصر على أسماء المقاوليـــن المقيديـــن والموردين المسجلين لدى الإدارة فى سجل خاص[1]. وتـــنص المادة ٣٦ من اللائحة التنفيذية للقانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على أنه «فـــيما عـــدا مـــا تقـــدم تخضع المناقصة المحدودة لكافة القواعد والأحكام والإجـــراءات والشروط المنصوص عليها بهذه اللائحة بالنسبة للمناقصات العامة» .

والمناقصـــة المقيدة – وإن كان اللجوء إليها استثناء من أصل عام يقتضـــى الأخذ بالمناقصة المفتوحة – إلا أنها تطوير حديث لنظام المناقصة العامـــة المفـــتوحة . والـــتى مـــن خلالها تستطيع الإدارة أن تتخير بعض الأشـــخاص أو المشـــروعات الـــتى ترى كفايتهم من الناحية الفنية أساسا للتعاقد معها فى موضوع المناقصة .

وحـــددت المادة الثالثة من قانون المناقصات الجديد مجال الأخذ بها بنصـــها على ما يلى « يكون التعاقد بطريق المناقصة المحددة فى الحالات

---

(١) De Laucadere : op . cit . pp. 617 et s.
Quancard (M) : op . cit . p . 111.

الـتى تتطلب طبيعتها قصر الاشتراك فى المناقصة على موردين أو مقاولين أو استشـاريين أو فنيين أو خبراء بذواتهم سواء فى مصر أو فى الخارج ، على أن تتوافر فى شأنهم شروط الكفاية الفنية والمالية وحسن السمعة » .

وحسـب ما تقضى به المادة ٣٤ من اللائحة التنفيذية يكون اللجوء إلى المناقصة المحدودة بقرار مسبب من السلطة المختصة .

وأخيرا المناقصة المحلية :

أجاز القانون فى المادة الرابعة منه اختيار الإدارة للمتعاقد معها عن طـريق مناقصة محلية يعلن عنها داخل نطاق المحافظة . وفى هذه الحالة فإنـه توجـه الدعوة لأكبر عدد ممكن من المشتغلين بنوع النشاط الخاص بموضوع المناقصة ممن يقع نشاطهم فى نطاق المحافظة التى يتم بدائرتها تنفـيذ الـتعاقد والذين تعتمد أسماؤهم السلطة المختصة من بين المقيدين بسجلات الجهة الإدارية أو غيرهم وذلك بموجب خطابات موصى عليها قبل الموعـد المحـدد لفتح المظاريف الفنية بعشرة أيام على الأقل ، وفى حالة الاسـتعجال يـتم إرسالها مع مخصوص قبل الموعد المحدد بثمان وأربعين ساعة على الأقل وتسلم بموجب إيصال مؤرخ .

ويجـب أن تتضمن الدعوة كافة البيانات الواجب ذكرها فى الإعلان عن المناقصة العامة وفق أحكام هذه اللائحة (م٣٧ من اللائحة التنفيذية) .

ويكون اللجوء إلى المناقصة المحلية فى إطار ما يلى :

١- ألا تزيد قيمة التعاقد موضوع المناقصة عن مائتى ألف جنيه .

٢- تخضـع المناقصـة المحلية فيما عدا ما سبق للقواعد التى تخضع لها المناقصة العامة .

أسلوب التعاقد	الإعلان	المدة
المناقصة العامة	الإعلان مرتين في صحيفة أو صحيفتين يوميتين واسعتى الانتشار .	يجب ألا تقل المدة من تاريخ أول إعلان حتى تاريخ فتح المظاريف عن ٣٠ يوماً ويجوز تقصيرها إلى ٢٠ يوما في حالات الاستعجال .
المناقصة المحدودة	الإعلان بخطابات موصى عليها لأكبر عدد من المقيدين بسجل الموردين أو المقاولين .	يكون ذلك قبل الموعد المحدد لفتح المظاريف بخمسة عشر يوما على الأقل .
المناقصة المحلية	خطابات موصى عليها للموردين والمقاولين المقيدين في النطاق المحلى للجهة الإدارية والمشتغلين بنوع النشاط.	قبل الموعد المحدد لفتح المظاريف بعشرة أيام وفى حالات الاستعجال ترسل الخطابات مع مخصوص قبل الموعد بثمان وأربعين ساعة على الأقل .
الممارسة العامة	الإعلان مرتين في صحيفة أو صحيفتين يوميتين واسعتى الانتشار كما في المناقصة العامة .	ألا تقل المدة عن ٣٠ يوماً من أول إعلان ويجوز تقصيرها إلى عشرة أيام في حالات الاستعجال .
الممارسة المحدودة	خطابات موصى عليها .	ألا تقل المدة عن ١٥ يوماً وفى حالات الاستعجال يجوز ارسالها مع مخصوص قبل الموعد بـ٥ أيام على الأقل.

الفرع الثالث

تقديم العطاء

يقتضـــى مبدأ حرية المنافسة الذى يحكم إجراءات المناقصة العامة أن يتمكن جميع المقاولين والموردين الذين تتوافر فيهم الشروط من التقدم بعطـــاءاتهم إلى جهة الإدارة وفق الشروط وفى الحدود التى يحددها القانون أو تنص عليها كراسات الشروط التى تعلنها جهة الإدارة .

علـــى أنه إذا كان مبدأ حرية المنافسة يقضى حتما بضرورة التسليم بحـــرية المقـــاول أو المورد بالتقدم بعطائه . إلا أن القانون أعطى للإدارة ســـلطة تقديـــرية فى استبعاد العطاء الذى ترى لأسباب يحددها القانون أو تقدرها الإدارة استبعاد عطاء بعينه من التقدم فى المناقصة .

وعلـــى ذلـــك سوف نتناول فى هذا الفرع أولاً : كيفية إعداد العطاء وتحديد مرفقاته ، وثانياً : سلطة الإدارة فى قبول العطاء وذلك على الوجه التالى :

أولا : إعداد العطاء ومرفقاته :

بعـــد الإعـــلان عـــن المناقصة على الوجه الذى سبق بيانه ، فإن المقاوليـــن أو الموردين الذين يحق لهم دخول المناقصة العامة سواء كانت مفتوحة أو مقيدة يستطيعون تقديم عطاءاتهم فى الحدود التى حددتها الإدارة .

وكقاعدة عامة ، فإن إعداد العطاء إنما يكون وفقا للشروط والقيود والمواصفات الفنية التى أعلنتها الإدارة . ويجب على مقدم العطاء أن يتقيد بالمواعيد والإجراءات التى حددتها جهة الإدارة الداعية إلى التعاقد .

كمـــا أن القـــانون قد يشترط أن يقترن العطاء بمرفقات معينة وذلك

كتأميــن أو وثائق معينة . وعلى ذلك سوف نبحث هذا المطلب على فرعين الأول : نبحث كيفية إعداد العطاء والثانى نبحث فيه مرفقات العطاء .

١- إعداد العطاء :

إعــداد العطاء وإن كان يخضع لإجراءات شكلية معينة تنص عليها اللوائح المعينة بتنظيم المناقصات العامة أو تحددها جهة الإدارة فى كراسة الشروط المصاحبة لإجراءات المناقصة .

وحســب مــا اســتحدثه القــانون الجديــد رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ للمناقصات العامة فإن يجب تقديم مظروفين أحدهما فنى والآخر مالى .

أ - تقديم عرض فنى وعرض مالى :

العرض الفنى :

حــددت المادة ١٠ من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ طريقة تقديم العطــاءات وذلــك بنصــها على أن «تقدم العطاءات فى مظروفين أحدهما للعــرض الفــنى والأخــر للعرض المالى ، ويقتصر فتح مظاريف العروض المالية على العروض المقبولة فنياً وذلك كله وفقا للقواعد والإجراءات التى تبنتها اللائحة التنفيذية» .

وحــددت المــادة الثامــنة من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات المفــردات الــتى يجــب أن يتضــمنها المظروف الفنى بنصها على ما يلى «ويحــتوى المظــروف الفــنى على التأمين المؤقت المطلوب بالإضافة إلى البيانات والمستندات التى ترى الجهة الإدارية ضرورة توافرها للتحقق من مطابقة العرض الفنى للشروط والمواصفات المطروحة وتوافر الكفاية الفنية والمقــدرة المالــية لــدى مقدمى العروض بما يتناسب مع طبيعة موضوع التعاقد وعلى الأخص :

- جمـــيع البـــيانات الفنـــية عن العرض المقدم ، طريقة التنفيذ ، الـــبرنامج الزمـــنى للتنفيذ ومدته ، الكتالوجات والبيانات الخاصة بمصادر ونوع المواد والمهمات والأجهزة المقدم عنها العرض . بيان مصادر ونوع المواد والمهمات والمعدات والأجهزة التى تستخدم فى التنفيذ ، قائمة بقطع غيار ومستلزمات التشغيل مع بيان معدلات استهلاكها .

- بـــيانات عـــن أسماء ووظائف وخبراء الكوادر التى سيسند إليها الإشراف على تنفيذ العملية . بيانات كاملة عن الشركات التى قد يسند إليها جـــزء مـــن التنفـــيذ ، والمستندات الدالة على وجود مركز صيانة معتمد ، - ســـابقة الأعمـــال وغـــير ذلك من البيانات التى تحدد مركز مقدم العطاء وقدرته على إنجاز الأعمال محل المناقصة .

العرض المالى :

نصت المادة ٨ من اللائحة التنفيذية على أن «... ويحتوى المظروف على قوائم الأسعار وطريقة السداد وقيمة الصيانة وقطع الغيار ومستلزمات التشغيل وغيرها من العناصر التى تؤثر فى القيمة المالية للعرض وفقا لما تقضـــى بـــه شروط الطرح ..» وتحديد السعر يخضع لقواعد معينة حددها القانون . وهى كما يلى :

أ- ضرورة كتابة السعر بشكل معين :

فالمـــادة ٥٥ مـــن اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ تـــنص فـــى فقرتها الأولى على أن « تكتب أسعار العطاء بالحبر الجاف أو السائل أو الطباعة رقماً وحروفا باللغة العربية . ويكون سعر الوحدة فى كل صـــنف بحســـب ما هو مدون بجدول الفئات عدداً أو وزناً أو مقاساً أو غير ذلك دون تغيير أو تعديل فى الوحدة .

ويجــوز فــى حالــة تقديم العطاء من فرد أو شركة فى الخارج أن تكتــب الأســعار بالعملــة الأجنبية وتتم معادلتها بالعملة المصرية بالسعر المعلن فى تاريخ فتح المظاريف .

ووفقــا لذلــك فــإن القانون يشترط تحديد السعر بصورة تمنع أى خــلاف حول حدوده وقيمته فاشترط بداءة أن يكتب بالحروف والأرقام .وأن يبين سعر الوحدة بخلاف السعر الإجمالى .

وإذا حدث خلاف بين السعر الإجمالى وبين السعر المحدد لكل وحدة فإنــه يــأخذ بالســعر لكل وحدة . أما إذا حدث تعارض بين السعر المبين بالأرقــام والســعر المكتوب بالحروف فإنه ينبغى أن يؤخذ بالسعر المكتوب بالحروف تفقيطاً .

ووفقا لنص المادة ٥٥ سالفة الذكر – يجب الالتزام بما يلى :

- لا يجوز الكشط أو المحو فى جدول الفئات وكل تصحيح فى الأسعار أو غيرها يجب إعادة رقماً وحروفاً وتوقيعه .
- لا يجــوز لمقدم العطاء شطب أى بند من بنوده أو من المواصفات الفنــية أو إجراء تعديل فيه مهما كان نوعه . وإذا رغب فى إبداء أيــة ملاحظــات خاصــة بالــنواحى الفنية فيثبتها فى كتاب مستقل يتضمنه المظروف الفنى .

ولا يلتفت إلى أى إدعاء من صاحب العطاء بحصول خطأ فى عطائه إذا قدم بعد فتح المظاريف الفنية.

- إذا ســكت مقــدم العطــاء فى مناقصات توريد الأصناف عن تحديد صــنف من الأصناف المطلوب توريدها بقائمة السعار المقدمة منه

فيعتــبر ذلك امتناعاً منه عن الدخول فى المناقصة بالنسبة إلى هذا الصنف أما فى مقاولات الأعمال فللجهة الإدارية مع الاحتفاظ بالحق فى استبعاد العطاء أن تضع للبند الذى سكت مقدم العطاء عن تحديد فئته أعلى فئة لهذا البند فى العطاءات المقبولة وذلك للمقارنة بينه وبين سائر العطاءات فإذا أرسيت عليه المناقصة فيعتبر أنه ارتضى المحاسبة على أساس أقل فئة لهذا البند فى العطاءات المقبولة دون أن يكون له حق المنازعة فى ذلك .

- يبين فى قائمة الأسعار ما إذا كان الصنف مصنوعاً فى مصر أو فى الخارج ويترتب على عدم صحة هذه البيانات كلها أو بعضها رفض الصــنف عــلاوة علــى شــطب اســم مقدم مقدم العطاء من سجل الموردين .

- الفــئات التى حددها مقدم العطاء بجدول الفئات تشمل وتغطى جميع المصروفات والالتزامات أيا كان نوعها التى يتكبدها بالنسبة إلى كل بــند مــن البنود وكذلك تشمل القيام باتمام توريد الأصناف وتنفيذ جميع الأعمال وتسليمها للجهة الإدارية والمحافظة عليها أثناء مدة الضــمان طبقا لشروط العقد وتتم المحاسبة النهائية بالتطبيق لهذه الفــئات بصــرف الــنظر عــن تقلــبات السوق والعملة والتعريفة الجمركية وغيرها من الضرائب والرسوم الأخرى .

ب- ضرورة أن يكون السعر نهائياً :

ونعــنى بذلك أن يكون سعر الوحدة أو الوحدات محدداً بصفة نهائية لا رجعة فيه[١] . ومن ثم فإنه لا يجوز أن ينص مقدم العطاء فى عطائه على

---

(١) C.E 20 Dec. 1968- vile de lyon-R.D.P.p 727.

خفـــض نســـبة مـــئوية عن أقل عطاء يقدم فى المناقصة . فالمادة ٦٤ من اللائحـــة التنفـــيذية لقانون المناقصات المصرى تنص على «.. ويعول على الســـعر المبين بالحروف ، ولا يعتد بالعطاء المبنى على خفض نسبة مئوية عن أقل عطاء يقدم فى المناقصة» .

وتطبـــيقاً لذلـــك ذهبت لإدارة الفتوى لوزارة الصحة إلى أن المادة (٦٢ مـــن اللائحـــة المقابلـــة للمـــادة ٦٤ من القانون الجديد) قررت حكماً صريحاً قاطعاً فى عدم الاعتداد بالعطاء المبنى على خفض نسبة مئوية عن أقل عطاء يقدم فى المناقصة وذلك مرده إلى أن المشرع جعل مبدأ المساواة بين المتناقصين هو المبدأ السائد دون أى تمييز لأحد أو استثناء وإلا اختل الـــتوازن واضـــطرب حـــبل المنافســـة الـــذى يقوم على تكافؤ الفرص من عقدها[1].

ع - زيـادة الأسـعار المقدمـة فى العطاء بقيمة الضرائب التى تستجد بعد تقديم العطاء :

تـــنص المـــادة ٦٦/ د مـــن اللائحة التنفيذية للقانون على أنه «إذا حـــدث تغيـــير فى التعريفة الجمركية أو الرسوم أو الضرائب الأخرى التى تحصـــل عـــن الأصـــناف الموردة فى المدة الواقعة بين تقديم العطاء وأخر موعـــد للتوريد وكان التوريد قد تم فى غضون المدة المحددة لـــه فيسوى الفـــرق تـــبعاً لذلك بشرط أن يثبت المورد أنه أدى الرسوم والضرائب على الأصـــناف الموردة على أساس الفئات المعدلة بالزيادة ، أما فى حالة ما إذا كـــان التعديل بالنقص فتخصم قيمة الفرق من العقد إلا إذا أثبت المتعهد أنه

---

(١) فـــتوى رقـــم ٤٩٠ بتاريخ ١٩٨٩/٦/١٥ ملف رقم ٢٥/١/٦٨ . أحمد منصور ، المرجع السابق - ص٩٢ .

أدى الرسوم على أساس الفئات قبل التعديل» .

وقد عرض على الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع إبداء الرأى فى مدى أحقية إحدى الشركات فى الحصول على قيمة الزيادة فى الرسوم الجمركية على الأجهزة المتعاقد عليها نتيجة تغير مقابل الدولار الأمريكى الذى كانت تحسب عليه الرسوم من ٧٠,٧ قرشاً إلى ١٣٥ قرشاً، فذهبت إلى أن «المشرع استهدف أن تتحمل الجهة المتعاقدة بقيمة الفرق فى حالة زيادة الضرائب والرسوم الجمركية عما كانت عليه خلال الفترة الواقعة بين العطاء وآخر موعد للتوريد دون تفرقة بين ما إذا كان سبب هذه الزيادة هو زيادة التعريفة الجمركية أو زيادة سعر الصرف الذى كانت تحسب الرسوم الجمركية على أساسه كما هو الشأن بالنسبة لزيادة سعر الدولار فى خصوص المحاسبة على الرسوم الجمركية فى الحالة الماثلة»[1].

٢- مرفقات العطاء :

قد يتطلب القانون مرفقات معينة يجب على مقدم العطاء أن يقدمها مع عطائه ومن ذلك ما تنص عليه المادة السابعة عشر من قانون المناقصات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ من أنه «يجب أن يؤدى مع كل عطاء تأمين مؤقت تحدد الجهة الإدارية مبلغه ضمن شروط الإعلان بما لا يجاوز ٢% من القيمة التقديرية ، ويستبعد كل عطاء غير مصحوب بكامل هذا المبلغ » .

كما أن العطاء قد يقترن بتحفظات معينة تؤثر على أولويته وترتيبه

---

(١) فتوى الجمعية العمومية – جلسة ٤ فبراير ١٩٨٧ ملف رقم ٣٥١/٢/٣٧ .

بيـــن العطاءات وعلى ذلك سوف نتناول بالبحث : التأمين الابتدائى وأحكامه والمشاكل العملية التى يثيرها . والتحفظات المصاحبة للعطاء .

١- التأمين الابتدائى :

وضـــرورة وجـــود التأمين الابتدائى فى الحالات التى استلزمه فيها القـــانون ، أمـــر فـــى غاية الأهمية حيث يترتب على تخلفه أو عدم كماله بالصـــورة الـــتى حددها القانون استبعاد العطاء والالتفات عنه وبذلك قضت المحكمـــة الإداريـــة العليا «ومن حيث أن الثابت فى الواقعة المعروضة أن العطـــاء الـــذى تم إرساء المناقصة عليه بواسطة لجنة البت كان مقدماً من مؤسسة خاصة غير مصحوب بتأمين مؤقت كما لم يتم تدارك هذه المخالفة بسداد التأمين النهائى كاملاً الذى هو شرط للنظر فى هذا العطاء ورغم ذلك فإن لجنة البت نظرت فى هذا العطاء ولم تستبعده بل أرست المناقصة عليه فإنه فى هذا الشأن يعد مخالفاً للحكم الصريح الذى أورده المشرع[١] .

وفصـــلت المـــادة ٧ مـــن اللائحة التنفيذية على الأحكام التفصيلية للتأميـــن كمـــا يلـــى «تؤدى التأمينات نقداً بإيداعها بخزينة الجهة الإدارية بموجب ايصال رسمى يثبت فى العطاء رقمه وتاريخه ولا تحسب فائدة على هـــذه المبالغ وتقبل الشيكات على المصارف المحلية إذا كان مؤشراً عليها بالقـــبول مـــن المصرف المسحوبة عليه كما تقبل الشيكات المسحوبة على مصـــارف بالخارج بشرط التأشير عليها بالقبول من أحد المصارف المعتمدة بـــالداخل وإذا كان التأمين خطاب ضمان وجب أن يصدر من أحد المصارف المحلـــية المعتمدة وآلا يقترن بأى قيد أو شرط وأن يقر فيه المصرف بأن

---

(١) حكمهـــا فـــى الطعـــن رقم ٣١٧٤ لسنة ٢٩ق جلسة ١٩٩٠/٣/٣١ - الموسوعة الإدارية - جـ٣٥ ص٣٠٩ .

يدفـــع تحـــت أمر الجهة الإدارية مبلغاً يوازى التأمين المطلوب وأنه مستعد لأدائـــه بأكملـــه عند أول طلب منها دون الالتفات إلى أى معارضة من مقدم العطـــاء وعـــندما يـــرد لإحدى الجهات الإدارية خطابات ضمان عن التأمين المســـتحق من أحد المصارف المرخص لها فى إصدار خطابات الضمان أو فـــروعها عليها أن تتحقق من أن المصرف أو الفرع قد أعطى إقراراً على خطابـــات الضـــمان بأنـــه لم يجاوز الحد الأقصى المعين لمجموع خطابات الضمان المرخص للمصرف فى إصدارها .

فـــإذا تبين عند مراجعة الإخطارات بوزارة الاقتصاد أن المصرف قد تعـــدى الحـــد الأقصـــى المحـــدد لـــه اخطرت الجهة الإدارية فوراً لمطالبة المصـــرف بـــأن يؤدى إليها فى ميعاد لا يجاوز ثلاثة أيام عمل قيمة خطاب الضـــمان نقـــداً وإذا كانت خطابات الضمان محددة المدة فيجب ألا تقل مدة سريان الخطاب عن ثلاثين يوماً على الأقل بعد انتهاء المدة المحددة لسريان العطاءات . وبالنسبة للتأمين النهائى يكون سريان خطاب الضمان لمدة تبدأ مـــن وقـــت إصداره إلى ما بعد انتهاء تنفيذ العقد بثلاثة أشهر إلا إذا اتفق على غير ذلك .

ويجوز لمقدم العطاء طلب خصم قيمة التأمين من مبالغ مستحقة له لـــدى الجهة الإدارية بشرط أن تكون صالحة للصرف وقت تقديم العطاء أو وقت تقديم الطلب بالنسبة للتأمين النهائى» .

وسوف نقوم بتفصيل أحكام التأمين الابتدائى على النحو التالى :

أ- بيان صور التأمين الابتدائى .

ب- كيفية حساب قيمة التأمين الابتدائى .

ج- الخطأ فى حساب قيمة التأمين الابتدائى .

د- حالات الإعفاء من التأمين الابتدائى .

وذلك كله على الوجه التالى :

١- صور التأمين الابتدائى :

حـــددت المـــادة ٧٠ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات صور التأمين الابتدائى وهى كالآتى :

١- التأمين النقدى . ٢- الشيكات . ٣- خطاب ضمان .

وذلك على التفصيل التالى :

- التأمين النقدى :

والتأمين النقدى هو الصورة الأولى لدفع قيمة التأمين لجهة الإدارة ويـــتم ســـداد التأمين بذات العملة التى حددتها كراسة الشروط . وقد تكون عملة أجنبية إذا كانت المناقصة مناقصة دولية .

وتنص المادة ٧٠ من اللائحة التنفيذية للقانون المصرى فى فقرتها الأولـــى علـــى هذه الصورة حيث تقضى بأنه تؤدى التأمينات نقداً بإيداعها بخزيـــنة الجهـــة الإداريـــة بموجـــب إيصال رسمى يثبت فى العطاء رقمه وتاريخه ولا تحسب فائدة على هذه المبالغ .

علـــى أن المادة ٧٠ من اللائحة نصت على صورة أخرى من صور التأميـــن النقدى هو المقاصة بين دين لمقدم العطاء لدى جهة الإدارة وبين قـــيمة التأمين الابتدائى وذلك بشرط أن يكون الدين المستحق لمقدم العطاء لـــدى الإدارة مبلغاً نقدياً وأن يكون صالحاً للصرف وقت تقديم العطاء وأن يكون مستغرقاً لقيمة التأمين .

وفـــى هـــذه الحالـــة يتم اقتضاء جهة الإدارة للتأمين الابتدائى عن طريق المقاصة القانونية . وعلى ذلك تنص المادة ٧٠ حيث تقول «ويجوز لمقـــدم العطاء طلب خصم قيمة التأمين من مبالغ مستحقه لـــه لدى الجهة الإدارية بشرط أن تكون صالحة للصرف وقت تقديم العطاء» .

- **الشيكات** :

تـــنص المادة ٧٠ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات المصرى علـــى أن «وتقـــبل الشيكات على المصارف المحلية إذا كان مؤشراً عليها بالقـــبول مـــن المصرف المسحوبة عليه كما تقبل الشيكات المسحوبة على مصارف بالخارج بشرط التأشير عليها بالقبول من أحد المصارف المعتمدة. ومع ذلك يجوز عند الاقتضاء قبول الشيكات العادية دون أن تكون مصرفية أو معتمدة من البنوك المسحوبة عليها إذا تبين وجود ضمانات كافية» .

ووفقـــا لمـــا سبق . فإنه وفقاً للقانون المصرى أداء مبلغ التأمين الابتدائى عن طريق شيك على أنه يجب أن يشترط :

١- أن يكـــون الشـــيك مقبول الدفع من المصرف المسحوب عليه ومؤشراً عليه بذلك .

٢- إذا كـــان الشيك مسحوباً على بنك أجنبى فى الخارج فيجب أن يؤشـــر عليه بأنه مقبول الدفع من أحد المصارف المعتمدة لدى جهة الإدارة سواء كانت فى مصر أو فى الخارج .

٣- يمكـــن فـــى حالة وجود ضمانات تقدر الإدارة كفايتها وجديتها قـــبول الشـــيكات العاديـــة دون أن تكـــون مصـــرفية أو معتمدة من البنك المسحوب عليه .

- خطابات الضمان :

خطـاب الضمان هو خطاب يصدره البنك يتعهد فيه البنك بدفع مبلغ نقـدى معيـن عـند أول طلـب يقدم إليه من المستفيد الذى صدر الخطاب لصالحه ، وذلك إذا قدم هذا الطلب خلال المدة المحددة لصلاحية الخطاب(١).

واسـتخدام خطـاب الضـمان كتأمين لدخول المناقصات العامة هو الأكـثر شيوعاً فى العمل . وقد نصت المادة ٦٩ من اللائحة التنفيذية على «وإذا كـان التأمين كتاب ضمان وجب أن يصدر من أحد المصارف المحلية المعتمدة وألا يقترن بأى قيد أو شرط وأن يقر فيه المصرف بأن يدفع تحت أمـر جهة الإدارة المختصة مبلغاً يوازى التأمين المؤقت وأنه مستعد لأدائه بأكملـه أو تحديد مدة سريان كتاب الضمان لمدد أخرى حسبما تراه الجهة الصادر لصالحها التأمين عند الطلب دون التفات إلى أية معارضة من مقدم العطاء» .

وعلـى ذلـك فإن القانون المصرى يشترط فى خطاب الضمان الذى يقدم كتأمين دخول للمناقصة العامة ما يلى :

١ - أن يصـدر خطاب الضمان من أحد المصارف المحلية المعتمدة وعلى ذلك فإنه لا يصح وفقا للقانون المصرى ولائحته التنفيذية قبول جهة الإدارة لخطاب ضمان صادر عن بنك غير مقيم فى مصر .

٢ - إلا يقـترن خطاب الضمان بقيد أو شرط . فلا يجوز أن يشترط البنك فيه مثلاً عدم التزامه بقيمة خطاب الضمان إلا بعد الرجوع إلى العميل

---

(١) محمـود مخـتار بريـرى - قانون المعاملات التجارية - الجزء الثانى - عمليات البنوك - الإفلاس ١٩٩٣ ص١٤٨ .

أو أن يوقف تسييل قيمته لجهة الإدارة على شروط معينة . فخطاب الضمان يعنى أن البنك يرتضى أن يدفع إلى جهة الإدارة مبلغ التأمين بمجرد الطلب. ولا يكـون لعميل البنك الذى أصدر الخطاب بناء على طلبه أى دخل فى هذه العملـية . فخطـاب الضـمان - ينشئ علاقة مباشرة بين البنك وبين جهة الإدارة - ولا يكـون لـه أن يطالب جهة الإدارة الصادر لمصلحتها خطاب الضـمان بخصم ما قد يكون مستحقاً لها فى ذمته فى قيمة خطاب الضمان «فخطـاب الضمان لا يمثل حقاً للمتعهد إذ أنه طبقاً للتكييف القانونى السليم كفالة شخصية من البنك للمتعهد تأمينا لتنفيذ العقد الذى أبرمه مع الوزارة، فليس ثمة مبالغ مستحقة لهذا المتعهد حتى يجوز الخصم منها وفاء لمبالغ مستحقة للحكومة عن عقود أخرى[١] .

٣- الـتزام البـنك بأمـر جهة الإدارة الصادر لمصلحتها الخطاب حسـبما تـراه دون الالتفات إلى أية معارضة من مقدم العطاء . فيجب أن يـؤدى قيمة الخطاب بالكامل أو فى جزء منه وعليه أن يلتزم بطلبها فى مد سـريان مدتـه مـدة أخرى كل ذلك حسب ما تراه جهة الإدارة «فلا يجوز لمصـدر خطـاب الضـمان أن يمتنع عن الوفاء بقيمة التأمين إلا برضاء المصلحة التنازل عنه أو انتهاء أجل سريانه[٢] .

٢- كيفية حساب قيمة التأمين الابتدائى :

تـنص المـادة ١٧ مـن القـانون رقـم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصـات العامـة فـى مصر على أنه يجب أن يقدم مع كل عطاء تأمين

---

(١) فتوى الجمعية العمومية رقم ١٣٨ فى ١٩٦١/٢/١١ الموسوعة جـ١٨ ص٩٣٧.

(٢) فـتوى الجمعـية العمومـية رقـم ١١٢٠ فى ١٩٦٣/١٠/١٦ - المرجع السابق ص٩٣٩ .

مؤقت لا يقل عن ٢% من القيمة التقديرية للعطاء.

وإذا كان القانون قد نص على نسبة التأمين الابتدائى التى يجب أن يقـدم مع العطاء على الوجه السالف بيانه إلا أن الأمر فى أحيان غير قليلة قد يثير بعض الالتباس فى حساب هذه القيمة وذلك كما يلى :

أ - حساب التأمين الابتدائى فى العطاء غير محدد الموضوع :

ففى هذه الحالة يصعب أن تحدد الكميات التى يجرى عليها التعاقد . ومـثال ذلك طلب التعاقد مع أحد المستشفيات لعلاج المرضى المحولين من قـبل التأمين الصحى . أو تقديم أدوية غير معينة النوع أو المقدار إلى أحد الأجهزة الحكومة ، فى مثل هذه الحالات يتعذر حساب التأمين الابتدائى على الوجـه الذى حدده القانون . وذلك لأنه لا يمكن التنبؤ بعدد المرضى الذين سـوف يحولـون إلـى هـذه المستشفى للعلاج كما فى المثال الأول . كما لا يمكن حساب القيمة الإجمالية لتوريدات الأدوية إلى المستشفى الحكومى فى مدة معينة .

وحسـاب التأمين الابتدائى فى مثل هذه الحالات يكون بتحديد مبلغ معيـن يقوم مقدم العطاء بدفعه إلى جهة الإدارة . والإدارة عندما تحدد هذا المـبلغ تأخذ فى اعتبارها الدراسات التى تجريها لتحديد متوسط احتياجاتها السنوية. وذلك من واقع السنوات السابقة .

ب- حساب التأمين فى حالة تقديم عطاء أكثر تميزاً وتطوراً :

فـى أحيان كثيرة يكون موضوع العطاء توريد أجهزة معينة ويتقدم صـاحب العطاء بعطائه . متضمنا عرضاً أخر لتوريد أجهزة مماثلة ولكنها أكثر تطوراً من الأجهزة التى تطلبها الإدارة فى المناقصة .

فهــل تحســب قــيمة التأميــن على العطاء الأصلى أم على العطاء المــرادف ؟ نــرى فــى هذه الحالة أن يحسب التأمين على العطاء الأعلى ســعراً. فإذا قبلته الإدارة كان العطاء قانونياً وأما إذا لم تقبله الإدارة ردت علــى مقدم العطاء فروق التأمين الابتدائى أو حسبته من التامين النهائى . وتطبــيقا لذلك أصدرت الهيئة العامة للخدمات الحكومية كتاباً دورياً رقم ٩ لسنة ١٩٨٨ جاء فيه :

وقــد لوحــظ أثناء التطبيق العملى لأحكام القانون أن بعض مقدمى العطــاءات يــتقدمون بعطاءات أصلية وأخرى مرادفة وسداد تأمين مؤقت واحــد عــنها وفــى حالة عدم كفاية التأمين عن العطاء الأعلى قيمة فيهما ونظــراً لمــا يترتب على ذلك من استبعاد عطاءات مستوفاة لشرط التأمين وتمــثل أقــل الأســعار فى المناقصة وصالحة فنياً مما يترتب عليه إلحاق الضــرر بمصالح الخزانة العامة ، خاصة فى حالة زيادة سعر العطاء التالى زيــادة كبيرة ورفض صاحبه النزول بسعره إلى مستوى أسعار العطاء الأقل سعراً والذى تم استبعاده على النحو المذكور .

لذلــك فــتوجه الهيئة العامة للخدمات الحكومية نظر كافة الجهات المعنــية إلــى أنه بالنسبة للعطاءات التى تكون مصحوبة بعطاءات مرادفة يقتصــر الاســتبعاد على العطاء الذى تقل نسبة التأمين المؤقت المقدم عنه عن النسبة المقررة قانوناً سواء كان أصلياً أو مرادفاً مع نظر العطاء الآخر طالمــا أنــه مســتوف لشــرط التأمين الكامل ومقبول فنياً ومطابق لسائر الشــروط بمــا يتيح للجهة الإدارية نظر أكبر عدد ممكن من العطاءات بغية الوصول إلى أفضلها شروطاً وأقلها سعراً»[1] .

---

(١) أحمد منصور – المرجع السابق – ص١٢٦ .

ع - يجب أن يدخل فى حساب التأمين الابتدائى كافة الرسوم الجمركية والضرائب :

تنص المادة ٦ من قانون الضريبة العامة على المبيعات على أنه «تستحق الضريبة بتحقق واقعة بيع السلعة أو أداء الخدمة بمعرفة المكلفين وفقا لأحكام هذا القانون . كما تستحق الضريبة بالنسبة إلى السلع المستوردة فى مرحلة الإفراج عنها فى الجمارك بتحقق الواقعة المنشئة للضريبة الجمركية ، وتحصل وفقا للإجراءات المقررة فى شأنها» .

وبالمقابل استوجبت المادة ٦٦/د من اللائحة التنفيذية أن يراعى فى وضع الأسعار بالعطاء أن تشمل جميع أنواع الضرائب والرسوم السارية وقت تقدم العطاء ومن ثم يجب أن يدخل فى حساب التأمين الابتدائى كافة الرسوم الجمركية والضرائب . وتطبيقا لذلك ذهبت إدارة فتوى رئاسة الجمهورية إلى أن « المشرع أوجب على صاحب العطاء أن يقدم مع عطائه تأميناً مؤقتاً ، وذلك ضماناً لجدية مقدم العطاء ، وتبعاً لذلك فإن إيداع التأمين المؤقت من مقدم العطاء وفقاً للنسبة المقررة قانوناً شرط أساسى للنظر فى عطائه وهذا الشرط مقرر للصالح العام . كما أوجب المشرع على مقدم العطاء أن يراعى عند وضع الأسعار بالعطاء أن يكون السعر شاملاً لرسوم الجمارك وجميع أنواع الضرائب السارية وقت تقديم العطاء . لما كان ذلك وكانت عبارة الضرائب وقت تقديم العطاء (م٦٤د والمقابلة للمادة ٦٦د) قد وردت عامة مطلقة ، ومن ثم فهى تشمل كافة أنواع الضرائب التى تستحق على الأصناف الموردة وقت تقديم العطاء ومنها ضريبة المبيعات»[١].

---

(١) فتوى رقم ٢٧ بتاريخ يناير ١٩٩٣ ملف رقم ١٢٨٥/١٠/٩٣ . المرجع السابق ص١٣١ .

٢- الخطأ فى حساب التأمين الابتدائى :

لا شك أن البيان المتعلق بقيمة التأمين الابتدائى فى العطاء يعد من البـيانات الأساسـية والجوهرية فى العطاء . فهو الذى يبرهن على جدية مقدم العطاء فى تقديم عطائه ومدى التزامه به وهو الأمر الذى استدعى أن يفصـله القـانون تفصيلاً سواء من حيث صوره أو من حيث كيفية حسابه على النحو الذى سبق أن بيناه .

بـل إن القانون جعل من مصادرة التأمين الابتدائى جزاء يوقع على صـاحب العطـاء إن هـو أخل بالتزامه بالإبقاء على أيجابه حتى تبت جهة الإدارة فى أمر المناقصة وتفاضل بين العطاءات المقدمة .

وترتيـباً على ما سبق فإنه يثور التساؤل عن حكم الخطأ فى حساب التأمين الابتدائى أو فى تدوينه بالعطاء ؟

بـداءة : نسـتبعد من نطاق البحث هنا مسألة الخطأ المادى وزلات القلـم. ففى هذه الأحوال يمكن التصحيح إن كان يسهل اكتشافه وينبئ عن حسن نية فى حدوث الخطأ . ومثال ذلك أيضا إذا تناقض الرقم المرقوم مع التفقيط فإنه يؤخذ بالتفقيط ، فذاك ما يرجحه القانون كما سبق أن رأينا فى مسألة تحديد السعر وهو أمر يصح استدعاؤه قياساً لحكم المسألة أيضا .

إنمـا الخطـأ الـذى نقصده هنا هو خطأ حسابى فى حساب التأمين الابـتدائى أدى إلى اختلاف القيمة الموجودة فى العطاء عن القيمة الواجب تقديمها ، وفى هذه الحالة نفرق بين فرضين :

الأول : أن يؤدى الخطأ فى حساب التأمين إلى الزيادة فيه وهنا ليس يجـوز أن يكـون الأمر محل خلاف . فلاشك فى صحة العطاء وتلتزم جهة

الإدارة فـــى حالـــة إرســـاء المناقصـــة عليه أن تحسب الزيادة من التأمين النهائى .

أما الفرض الثانى : أن يـــؤدى الخطأ فى حساب التأمين إلى خفض - قيمته المقدمة مع العطاء عن القيمة المطلوبة فى إجراءات المناقصة .

وقـــد عـــرض الأمـــر على الجمعية العمومية للفتوى والتشريع فى ٤ أكـــتوبر ١٩٨٩ . والـــتى ذهبـــت إلـــى أنه وقد سبق للجمعية العمومية لقســـمى الفتوى والتشريع بجلستها المنعقدة بتاريخ ١٩٨٦/٢/٥ ملف رقم ٢٥٦/١/٥٤ أن اســـتلزمت تقديـــم التأميـــن الابتدائى كاملاً مع العطاء وإلا وجب الالتفات عنه ذلك أن العديد من حقوق جهة الإدارة يتوقف ممارستها علـــى أداء هـــذا التأمين . وأنه وإن كان المشرع لم يقرر صراحة فى نص المادة ١٩ سابق الإشارة إليه جزاء على مخالفتها فإن القواعد العامة تقرر البطلان لإغفال إجراء جوهرى أوجب القانون مراعاته فى شأن المناقصات والمـــزايدات ومن ذلك إغفال تقديم التأمين كاملاً مصحوباً بالعطاء ومن ثم يتعين الالتفات عن العطاء غير المقترن بالتأمين الابتدائى كاملاً .

وبمـــا أنـــه مـــتى كان من المقرر وفقا لما تقدم أن العطاء يجب أن يكـــون مصحوباً عند تقديمه بالتأمين المؤقت كاملاً ضماناً لسلامته وحرصاً علـــى تحقيق المساواة بين المتناقصين وضماناً لجديتهم على أن يؤخذ فى الاعتبار أن الخطأ المادى الذى يتمثل فى زلات القلم والأخطاء الحسابية هو خطـــأ غير مقصود يتعين تصحيحه وإعمال ما يترتب على هذا التصحيح من آثار .

وبما أنه تطبيقاً لما سبق على الواقعة المعروضة ، وكان الثابت أن الخطـــأ الوارد بالعطاء فى أن مقدم العطاء وضع إجمالى البند بقيمة ٢٢٥٠

فـــى حين أن السعر الذى وضعه للوحدة هو ١٠٠ جنيه فى عدد ٢٥٠ أى الإجمالى الواجب حسابه هو ٢٥٠٠٠ جنيه مما لا يعد معه الخطأ هنا مجرد خطـــأ مـــادى ناتج عن العمليات الحسابية العادية التى يقترن بها احتمالات الخطـــأ والصواب ، وقد أثر وضع قيمة البند على هذا الأساس وعلى قيمة التأمين الابتدائى المقدم مع العطاء .. فجاءت أقل من النسبة المقررة قانوناً وهذا أمر يكشف عن عدم جدية المتناقص ومن ثم لا يسوغ صحة النظر فى تكملـــتها إلى القيمة المطلوبة لما فى ذلك من إخلال بمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص بين المتناقصين[1].

ب - التحفظات المصاحبة للعطاء :

اســـتقرت أحكـــام القضـــاء علـــى أن «.. إعلان الإدارة عن إجراء مناقصـــة أو مزايدة لتوريد بعض الأصناف عن طريق التقدم بعطاءات ليس إلا دعـــوة للتعاقد وأن التقدم بالعطاء وفقاً للمواصفات والاشتراطات المعلن عنها هو الإيجاب الذى ينبغى أن يلتقى عنده قبول الإدارة لينعقد العقد»[2].

وعلـــى ذلك فإن الأصل العام أن مقدم العطاء يتقدم بعطائه إلى جهة الإدارة آخـــذاً فى اعتباره الشروط والمواصفات التى تضعها الإدارة تحديداً لموضـــوع المناقصة ، على أنه استثناء من هذا الأصل كانت المادة ٥٤ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات الملغى تنص فى فقرتها الثالثة «.. وإذا رغـــب فـــى اشتراطات خاصة أو إجراء تعديلات أن يبعثها فى كتاب مرافق لعطائـــه على أن يشير إلى هذا الكتاب فى العطاء نفسه أو أن يرسل التعديل

---

(١) ملف رقم ٢٥٦/١/٥٤ - بتاريخ ١٩٨٦/٢/٥ سابق الإشارة إليها .

(٢) المحكمـــة الإدارية العليا - الطعن رقم ٣٣٣ السنة ١٠ق جلسة ٢ ديسمبر ١٩٦٧ مجموعة المبادئ فى ١٥ عاما ١٩٦٥ - ١٩٨٠ جـ٢ ص١٨٤٥ .

بعــد ذلك بكتاب على أن يصل قبل فتح المظاريف ولا يعتد بما عدا ذلك من وســائل المراســلة » كمــا نصت المادة ٥٥ من اللائحة التنفيذية للقانون الجديــد على أنه « إذا رغب فى وضع أية ملاحظات خاصة بالنواحى الفنية فيثبتها فى كتاب مستقل يتضمنه المظروف الفنى » .

والمقصــود بالــتحفظات هى تلك الاشتراطات الخاصة التى يلحقها مقــدم العطاء بعطائه ويقصد من ورائها التحفظ على أحد شروط المناقصة المعلــنة أو حتى الخروج عليها . وفى تحديد معنى التحفظات ذكرت محكمة القضــاء الإدارى بأنهــا « كل شرط يضعه مقدم العطاء فى عطائه ويكون مخــتلفاً عــن الشــروط التى تضعها جهة الإدارة أو يكون غير وارد فيها ويعتــبر تعديلاً من المناقص لشروط العطاء أو بعبارة أدق يعتبر تحفظاً منه مقترناً بعطائه»[١] .

وذهبــت المحكمة الإدارية العليا فى حكمها بتاريخ ١٩٦٧/١٢/٢[٢] إلــى أن الأصل أن يوجه الإيجاب فى العقد الإدارى إنما يوجهه على أساس الشــروط العامــة المعلن عنها والتى تستقل الإدارة بوضعها دون أن يكون للطــرف الآخر حق الاشتراك فى ذلك . وليس لمن يريد التعاقد إلا أن يقبل هذه الشروط أو يرفضها فإذا رأى الخروج فى عطائه على هذه الشروط فإن الأصــل أن يســتبعد هــذا العطاء إلا أن يكون الخروج مقصوراً على بعض التحفظات التى لا تؤثر على الشروط الجوهرية المعلنة .

وعلــى ذلــك فإنه ترتيبا على ما سبق . فإن التحفظات يشترط فيها

---

(١) محكمــة القضــاء الإدارى – دعــوى رقم ١٧٥٣ جلسة ١٩٥٧/٤/٢٨ س ١٠ق المجموعة س١١ ص٤٠١ .

(٢) سابق الإشارة إليه .

من ناحية أولى أن تكون ملحقة بالعطاء الأصلى ، ومن ناحية ثانية ألا تؤثر على الشروط الجوهرية المعلنة .

كمـا أن هـذه الـتحفظات قـد تكون مالية وقد تكون غير مالية . ولا شـك أن هذه التحفظات تؤثر على العطاء على وجه معين وبيان ذلك – على التفصيل التالى :

١- شروط صحة التحفظات :

يشترط لصحة التحفظات ما يلى :

أ- أن تكـون ملحقـة بالعطـاء الأصلى ، بكتاب مستقل ويجب أن يتضـمنها المظروف الفنى حسب ما تقضى به الفقرة الثالثة من المادة ٥٥ من اللائحة التنفيذية .

ب- يجـب أن تكون هذه التحفظات ثانوية أى أنها تحفظات لا تنال مـن الشـروط الجوهـرية للمناقصة ، فإن كانت كذلك فإنها تصبح تعديلا لشـروطها ومواصفاتها الفنية وهو أمر يتناقض مع آلية المناقصة العامة . والـتى تقتضـى بضرورة الاستبعاد للعطاء الذى لا يلتزم بشروط المناقصة ويخـرج علـى مواصـفاتها إلا إذا كـان هذا الخروج مقصوراً على بعض التحفظات التى لا تؤثر على الشروط الجوهرية للمناقصة .

٢- أنواع التحفظات :

التحفظات قد تكون تحفظات مالية وقد تكون غير مالية :

يقصـد بالتحفظات المالية تلك التى تتعلق بطريقة الأداء المالى فى العقـد الـذى سوف يبرم بين مقدم العطاء وبين جهة الإدارة فى حالة قبول عطائـه كاشـتراط طريقة محددة للدفع ، أو ضرورة المحاسبة على أساس

الزيادة التى قد تطرأ على المواد الخام مثلا .. أو التحفظ بضرورة الأخذ فى الاعتـــبار الأعــباء الضـــريبية التى قد تستجد بعد قبول العطاء . أو تحديد طـــريقة معينة لصرف دفعات مقدمة تحت الحساب وغير ذلك أما التحفظات غـــير المالية فإنها تتعلق غالباً بظروف العمل مثل اشتراط بدء سريان العقد مع تسليم الموقع كما فى عقود الإنشاءات والتشييد . أو التحفظ بزيادة مدة العملـــية بقـــدر مـــدة التأجير فى صرف المستحقات أو تحفظات فنية تتعلق بالمواصفات الفنية أو شروط الصيانة أو غير ذلك .

والجمعـــية العمومـــية للفـــتوى والتشـــريع تقر وجود النوعين من الـــتحفظات ففـــى فتواها بتاريخ ١٧ يناير ١٩٨٤ [(١)] ذهبت إلى أن «تحفظ جميع المتناقصين بعطاءاتهم على أساس المحاسبة على أى زيادة تحدث فى أسعار مواد البناء خلال تنفيذ العملية – رسو العملية على أرخص العطاءات – وخلو لجنة البت من أى تعليق أو رفض لهذا التحفظ .. يكون قد تم قبول الإيجاب المقدم منه بالوضع الذى تقدم ويكون التعاقد قد تم فعلاً على أساس الشروط التى تقدم بها بما فى ذلك التحفظ الذى قدمه ...» .

أما عن التحفظات غير المالية فقد قررت الجمعية العمومية لقسمى الفـــتوى والتشريع بجلسة ١٦ مايو ١٩٩٣ أنه «.. الأصل المقرر فى تنفيذ العقود الإدارية وفحواه أنه لا يجوز للمتعاقد مع الجهة الإدارية أن يتقاعس أو يـــتراخى فـــى تنفيذ التزاماته إذا تأخرت هذه الجهة فى تنفيذ التزاماتها المقابلة – هذا الأصل يجوز للطرفين الخروج عليه عند التعاقد خاصة إذ ما

---

(١) فـــتوى رقـــم ٤٧ بتاريخ ١٧ يناير ١٩٨٤ ملف رقم ٧٨/ ٢/ ١٤ جلسة ١١/١٦/ ١٩٨٣ مجموعة المبادئ القانونية التى تضمنتها فتاوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع س ٣٧ ، ٣٨ – ١٩٩٥ ص٣٧٢ .

قـــدر أن عدم تنفيذ الجهة الإدارية لالتزاماتها يعجز المتعاقد معها عن تنفيذ التزاماته معها في الميعاد المحدد[١] .

ثانياً : سلطة الإدارة فى قبول العطاء :

وسلطة الإدارة فى قبول العطاء تتضمن بحث أمرين :

الأول : شروط قبول العطاء وسلطة الإدارة فى الاستبعاد أما **الثانى:** فنتناول فيه الأثر القانونى المترتب على تصدير العطاء .

١- شروط قبول العطاء وسلطة الإدارة فى الاستبعاد :

يســتلزم القــانون أن يتم تقديم العطاء إلى جهة الإدارة فى الوقت المحدد لذلك كما اشترط أيضا أن يتقدم به صاحبه بطريقة معينة . وإذا كان العطـــاء المقدم قد استوفى الشروط التى حددها القانون ، أو أعلنتها الإدارة فـــى المناقصـــة فإنه يجب على جهة الإدارة قبول العطاء[٢]. وإن كان قرار الإدارة بالقـــبول لـــيس قراراً تقديرياً إلا أنه فى حالات معينة خول القانون الإدارة سلطة استبعاد العطاء .

وترتيـــباً علـــى ما سبق سوف نتناول فى هذا الفرع أولا : شروط قبول العطاء . وثانيا سلطة الإدارة فى الاستبعاد .

أ - شروط قبول العطاء :

تـــتعلق شـــروط قبول العطاء بالميعاد الذى يصل فيه العطاء لجهة

---

(١) فتوى رقم ٥٣٢ بتاريخ ١٩٩٣/٧/٤ ملف رقم ٢٩٥/١/٥٤ مجموعة المبادئ ج٢ من أول مارس - ١٩٩٣ - حتى آخر سبتمبر - مكتوبة على الآلة الكاتبة ١٩٩٣.

(٢) De Laubadere : Op . Cit p 613 Quancard (M) : Op . Cit . pp . 82-83 .

الإدارة من ناحية أولى . وبكيفية إرساله من ناحية ثانية .

١- ميعاد وصول العطاء إلى جهة الإدارة :

تـــنص اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات فى المادة ٦٣ على أنه «يجب أن تصل العطاءات إلى الجهة الإدارية أو الوحدة المختصة فى ميعاد غايته الساعة الثانية عشرة من ظهر اليوم المحدد بالإعلان لفتح المظاريف الفنية» ولا يعتد بأى عطاء أو تعديل فيه يرد بعد الميعاد المذكور ولا يسرى ذلـــك علـــى أى تعديل لصالح الجهة الإدارية يقدم من صاحب أقل العطاءات المطابقة للشروط والمواصفات طالما أنه لا يؤثر فى أولوية العطاء» .

ووفقا لهذا النص فإن المشرع حدد الساعة الثانية عشرة من اليوم المحـــدد فـــى الإعلان فى المناقصة لتقديم العطاء . فإذا قدم العطاء بعد هذا الميعاد فإن القانون رتب على ذلك أثراً فى غاية الأهمية وهو عدم الاعتداد بهـــذه العطـــاءات . ويقصـــد باليوم المحدد بالإعلان هو اليوم المحدد لفتح المظـــاريف .وقـــد يستفاد من نص المادة ٦٣ من اللائحة التنفيذية سالفة الذكـــر أن يختلف اليوم المحدد فى الإعلان عن المناقصة كآخر ميعاد لتلقى العطـــاءات عـــن اليوم المحدد لفتح المظاريف وهو أمر يحتمله ظاهر النص . على أنـــه تجـــدر ملاحظـــة أن الواقـــع العملى يجرى دائما على النص فى الإعلان عن المناقصة أن آخر يوم لتلقى العطاءات هو ذاته اليوم الذى تفتح فيه المظاريف .

ويـــنص القـــانون الفرنسى على إمكانية تقديم العطاءات حتى ميعاد فـــتح المظـــاريف ويجب ألا تقل المدة بين أول إعلان وبين هذا الميعاد عن ٣٦ يوماً وفى حالة الضرورة يمكن تقصيرها إلى ١٥ يوماً[١].

---

(١) Mogenet (R) : Op. Cit p. 107 .

٢- كيفية تقديم العطاء :

تنص المادة ٥٤ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على أنه « تقدم العطاءات موقعة من أصحابها على نموذج العطاء المختوم بخاتم الجهة الإدارية والمؤشر عليه برقم وقسيمة تحصيل الثمن وتاريخها وعلى جدول الفئات المرافق له ، ويجب أن يثبت على كل من مظروفى العطاء الفنى والمالى نوعه من الخارج ، ويوضع المظروفان داخل مظروف مغلق بطريقة محكمة ويوضح عليه اسم وعنوان الجهة الإدارية أو الوحدة المختصة وأن ما بداخله المظروف الفنى والمظروف المالى لجلسة (   ) ويكون تقديم العطاءات إما بإرسالها بالبريد الموصى عليه .. أو وضعها داخل الصندوق المخصص لوضع العطاءات أو تسليمها لقلم محفوظات بها بموجب إيصال يثبت فيه تاريخ التسليم وساعته ويجوز إذا كان العطاء مقدماً من فرد أو شركة فى الخارج أن يقدم على النموذج الخاص بمقدم العطاء بشرط قيامه بسداد ثمن كراسة الشروط والمواصفات» .

تبين هذه المادة وسيلة تقديم العطاء إلى جهة الإدارة وهى لا تخرج عن إرسال هذا العطاء بالخطاب الموصى عليه أو بوضعه مباشرة داخل الصندوق المخصص لوضع العطاءات أو تسليمها لقلم محفوظات الجهة التى أعلنت عن المناقصة وفى هذه الحالة يكون تسليمها إلى الموظف المختص مقابل إيصال يثبت فيه تاريخ التسليم وساعته .

على أن العمل يسير دائما على تقديم العطاء للجنة المخصصة لفتح المظاريف فى ذات اليوم المحدد لفتح المظاريف وقبل الساعة الثانية عشر ظهراً وذلك ضمانا لسرية العطاءات وخوفاً من مقدم العطاء لهتك هذه

الســـرية لصـــالح منافسيه . وهذا الطريقة التى ينص عليها أيضاً القانون الفرنسى لتقديم العطاء فى المادة ٨٧ من قانون العقود الفرنسى[1].

٢- سلطة الإدارة فى الاستبعاد :

الاستبعاد قرار تصدره الإدارة ويتضمن استبعاد أحد العطاءات التى قدمت فى المناقصة العامة لأسباب تحددها .

والاستبعاد يختلف عن الحرمان - الذى سبق وتحدثنا عن حالاته - من نواح عديدة :

فمـــن ناحية أولى : قرار الحرمان ينصب على شخص معين سواء أكان شخصاً طبيعياً أو معنوياً ويهدف إلى حرمانه من التقدم إلى المناقصات والمـــزايدات التى تجريها جهة الإدارة . فى حين أن الاستبعاد يعتبر إجراء موضـــوعياً يـــتعلق بعطـــاء تقدم به شخص معنوى أو طبيعى ويهدف إلى استبعاد هذا العطاء وحرمانه من السير فى إجراءات المناقصة حتى منتهاها.

ومـــن ناحية ثانية : يعتبر قرار الإدارة بالحرمان إجراء عاماً يتعلق بالشـــخص الطبـــيعى أو المعـــنوى ويهـــدف إلى الحرمان من دخول كافة المناقصـــات والمزايدات التى تجريها جهة الإدارة . وقد يكون هذا الإجراء محـــدد المدة كما قد يكون غير محدد المدة وقد يكون فى حدود مالية معينة أو يقتصـــر علـــى نوعـــيات محـــددة من المناقصات وهذا كله بخلاف قرار الاســـتبعاد والـــذى لا يعـــدو أن يكـــون قـــراراً فردياً باستبعاد عطاء معين وبمناسبة مناقصة معينة[2] .

---

(١) De Laubedere : Op . Cit . p 613 .

(٢) أحمد عثمان عياد - المرجع السابق - ض١٥٢ .

واســـتبعاد العطاء المقدم فى المناقصة قد يكون تطبيقاً لشرط حسن الســـمعة كمـــا قد يكون الاستبعاد ناتجاً عن تطبيق الإدارة لحالة من حالات الحـــرمان ســـواء أكان الحرمان وقائيا أو جزائياً . كما قد يكون لعدم توافر الشـــروط التى تطلبها الإدارة بخصوص المناقصة وأخيراً قد يكون الاستبعاد لعدم الكفاءة الفنية [1] وذلك كله على التفصيل التالى :

١- حالات الاستبعاد :

أ- الاستبعاد تطبيقاً لشرط حسن السمعة :

وهنا يكون الاستبعاد تطبيقاً لشرط حسن السمعة . فالقانون يشترط فيمن يتقدم بعطائه فى المناقصات والمزايدات أن يكون حسن السمعة .

وفى الحقيقة يعد شرط حسن السمعة شرطاً عاماً وقد ذهبت محكمة القضـــاء الإدارى مـــنذ بواكـــير أحكامها إلى تحديد المقصود بشرط حسن الســـمعة بأنه يعنى « .. أن يكون من يتولى هذه الأعمال محمود السيرة لم يسمع عنه ما يشينه أو يحط من قدره بين الناس حائزا لما يؤهله للاحترام الواجب للمهنة التى يرغب فى مزاولتها»[٢] .

وفـــى هـــذا المعـــنى استقر قضاء المحكمة الإدارية العليا على أن المقصـــود بحسن السمعة هو .. تلك المجموعة من الصفات التى يتخلى بها الشخص فتكسبه الثقة بين الناس وتجنبه قالة السوء ، وما يمس الخلق»[٣].

---

(١) De Laubadere : Op . Cit . pp . 599 et s .

(٢) محكمـــة القضـــاء الإدارى – قضـــية رقم ٥ – السنة الأولى – مجموعة عمر – ص٢٠٥ بتاريخ ١٩٤٧/٣/١٨ .

(٣) المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم ٦٠٠ لسنة ١٦ بتاريخ ١٩٧٢/٤/٩ .

وإذا كـان الحكـم على الشخص بجناية أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانـة تهـدر حسن السمعة بصفة عامة ، فإنا نرى أن المشرع قد تشدد بالنسـبة لشرط حسن السمعة فى مجال المناقصات والمزايدات العامة وألزم القاضـى بمقتضى المادة ٢٥ من قانون العقوبات المصرى بضرورة الحكم بعدم دخول الشخص المحكوم عليه بعقوبة جناية فى المناقصات والمزايدات وذلك كعقوبة تبعية .

علـى أنه فى الحالات الأخرى التى لا يتحقق فيها هذا الفرض فإن الإدارة تسـتطيع أن تسـتبعد الشـخص الطبـيعى أو المعـنوى من دخول المناقصات والمزايدات العامة نتيجة لعدم توافر شرط حسن السمعة .

وفـى مجـال المناقصـات والمـزايدات العامة يمكن الاعتماد على مجموعـة من الاعتبارات التى تحدد مدى توافر حسن السمعة من عدمه . وأهم هذه الاعتبارات ما يلى :

- سلوك الشركة أو الشخص الطبيعى فى تنفيذ أعمال سابقة سواء مع هذه الجهة أو غيرها .
- عدد المرات التى لجأت الشركة فيها إلى القضاء .
- عدد المرات التى لجأت الشركة فيها إلى التحكيم .
- هـل سبق تطبيق غرامات تأخير على الشركة قبل ذلك فى عمليات أخرى .

فكل هذه الاعتبارات وغيرها تحدد مركز الشركة وتبين سمعتها فى الوسـط الذى تعمل فيه . فمثلا إذا كانت الشركة فى أعمال سابقة قد أهملت فـى التنفـيذ أو نفذت على غير الوجه المتفق عليه فى العقد . وإذا كانت الشركة دائمة اللجوء إلى القضاء أو التحكيم وما يترتب على ذلك من تأخير

الأعمـــال . ففى هذه الحالات لا تكون سمعة الشركة أو المنشأة أو الشخص الطبيعى مقدم العطاء فوق مستوى الشبهات . وهنا سلطة الإدارة التى تقرر – وفقـا للظـروف الموضوعية – ولمقتضيات المصلحة العامة – استبعاد العطاء المقدم من قبل هذه الشركة أو هذا الشخص . وذلك لعدم توافر شرط حسن السمعة .

وتحرص كراسات الشروط على اشتراط تقديم شهادة حسن السمعة. وذلك للتأكد من أهلية المتقدم للمناقصة العامة .

وشـــرط حســن السمعة نصت عليه المادتين ٤٨ ، ٢٥٨ من تقنين العقود الإدارية فى فرنسا[١].

وســلطة الإدارة فــى الاســتبعاد لسوء السمعة أمر مسلم من قبل القضــاء حيث قضت المحكمة الإدارية العليا بأن «.. للإدارة حق أصيل فى اســتبعاد مــن تــرى استبعادهم من قائمة عملائها ممن لا يتحلون بحسن السمعة ولها مطلق التقدير فى مباشرة هذا الحق لا يحدها فى ذلك إلا عيب استعمال السلطة[٢] .

وفــى جلســتها بتاريخ ٩ ديسمبر ١٩٨٧ ذهبت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع إلى أنه «.. لا يكفى فى المتعاقد مع الإدارة توافر المقــدرة الفنية والمادية بل يجب أن تتوافر إلى جانب ذلك حسن السمعة ، ولــلإدارة فــى هذا الشأن الحق فى استبعاد من ترى استبعادهم من قائمة عملائها ممن لا يتمتعون بحسن السمعة ولها سلطة تقديرية فى مباشرة هذا

---

(١) De Laubadere , Op . Cit , P . 599 et Quancard, Op . Cit . p 51 .

(٢) المحكمة الإدارية العليا – بتاريخ ١٧ فبراير ١٩٦٧،سبق الإشارة إليه .

الحق لا يحدها إلا عيب إساءة استعمال السلطة . وفى ضوء ذلك يكون من حق جهة الإدارة أن تستبعد من المناقصة أو الممارسة التى تجريها العطاء الـذى يثبت لديها أن صاحبه لا يتمتع بحسن السمعة ، والقول بغير ذلك من شـأنه أن يـؤدى إلى احتمال تعاقد الإدارة مع صاحب هذا العطاء رغم عدم توافر حسن السمعة لديه ، الأمر لا يتفق مع أحكام القانون»[1].

ب - الاستبعاد نتيجة لتطبيق قرارات الحرمان :

عرفـنا فـيما سبق أن للإدارة سلطة حرمان البعض من التقدم فى المناقصـات العامة سواء كان هذا الحرمان على شكل جزاء أو كان حرماناً وقائـياً . ويترتب على ذلك اعتبار الشخص المحروم ممنوعاً من التقدم إلى المناقصات العامة . فإذا تقدم هذا الشخص بعطائه إلى المناقصة التى أعلنت عنها الإدارة . فإن الإدارة ملزمة باستبعاد هذا العطاء حتى ولو توافرت فيه كافة الشروط التى حددتها الإدارة فى كراسة الشروط .

وهنا لا تعدو للإدارة سلطة تقديرية فى هذا الاستبعاد . فهى ملتزمة باتخـاذ قـرار الاستبعاد تطبيقاً للقانون . وتلزم المادة السادسة من اللائحة التنفـيذية للقـانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بأنه يجب على كل وحدة إدارية تقوم بالتعاقد على عمليات الشراء أو تقديم الخدمات أو إجراء المقاولات أن تمسك السجلات والنماذج الآتية بمعرفة إدارة المشتريات بها .

... (٣) سجل قيد الممنوعين من التعامل .

ويثبت به بالإضافة إلى البيانات السابقة البيانات الآتية :

- الجهات المصدرة لقرار حظر التعامل وتاريخ صدوره ورقمه .

---

(١) ملف رقم ١٢٠/١/٤٧ جلسة ٩ ديسمبر ١٩٨٧ - سابق الإشارة إليها .

- أسباب حظر التعامل .

وعلـــى ذلـــك يجـــب على الإدارة استبعاد العطاءات التى يتقدم بها أشخاص تنطبق عليهم إحدى حالات الحرمان التى سبق بيانها .

ولكـــن قـــد يحـــدث أن تقبل الإدارة عطاء شخص أو شركة تنطبق علـــيها إحـــدى حالات الحرمان - السابق بيانها - ثم تبرم معه العقد على اعتبار أنه تقدم بأفضل الشروط . ثم يتبين لها أن هذا الشخص لا يجوز له الـــتقدم بعطائـــه إلـــى المناقصة نتيجة سبق حرمانه من دخول المناقصات العامة .

الرأى فى فرنسا يذهب إلى صحة هذا التعاقد ، على اعتبار أن قبول الإدارة للعطـــاء المتقدم به الشخص المحروم فى حكم القرار الضمنى بإلغاء قـــرار الحـــرمان . وعلـــى اعتبار أن قرارات الحرمان إنما مقررة لصالح الإدارة . ومن ثم فلها أن تقدر تطبيقها من عدمه[١].

وفـــى مصر يذهب رأى إلى التفرقة بين الحرمان الوقائى والحرمان الجزائى فالحرمان الوقائى تطبق عليه القواعد المعمول بها فى فرنسا . أما فـــى حالـــة الحرمان الجزائى فيجب التفرقة بين الحرمان المنصوص عليه وغـــير المنصوص عليه فيطبق المبدأ العام المعمول به فى فرنسا أيضاً فى حالـــة الحـــرمان غير المنصوص عليه وذلك على أساس أن الحرمان مقرر لصـــالح الإدارة فقـــط وأن إرســـاء العطاء وإبرام العقد مع أحد المحرومين يعتبر إلغاء ضمنياً لقرار الحرمان[٢].

---

(١) Quancard (M) : Op . Cit .p. 103 et s .

(٢) أحمد عثمان عياد - المرجع السابق - ص١٦٣ .

وفـــى الحقيقة نرى غير ذلك : فالإدارة لا تستطيع أن تتغاضى عن تطبيق قرارات تستهدف فى المقام الأول تحقيق المصلحة العامة .

ج - اســتبعاد العطـاء نتـيجة عـدم توافر الشروط التـى حددتها جهة الإدارة فى كراسة الشروط :

تعمـــل الإدارة دائما على تضمين كراسة الشروط مزيداً من الشروط العامـــة التى ترى أنها لازمة لنجاح العملية التى تريد التعاقد عليها . وهذه الشـــروط إنما تكتسب أهميتها من كونها تعمل على تحقيق المصلحة العامة والـــتى تتمثل فى كفالة حسن تنفيذ العقد وتحقيق صالح المرفق . على ذلك فـــإن هذه الشروط تفقد مشروعيتها إن هى انحرفت عن هذه الغاية وترتب عليها استبعاد عدد كبير من الأشخاص دون مبرر معقول[١].

وقـــد تـــتعلق هـــذه الشروط بضرورة أن يكون المتقدم للتعاقد مع الإدارة مقـــيداً بسجلات معينة (تجارية – صناعية – الخ) أو لديه خبرة فنية معيـــنة أو غـــير ذلك من الشروط التى تمكن الإدارة من الوقوف على قدرة المتعاقد معها على القيام بالعمل موضوع المناقصة على خير وجه .

د- الاستبعاد لعدم الكفاءة الفنية أو المالية :

للإدارة أن تستبعد عطاء الشخص المتقدم للمناقصة إذا رأت أن هذا الشـــخص غير كفء سواء من الناحية الفنية أو من الناحية المالية ومسألة الكفاءة هنا مسالة تقدرها الإدارة بمحض سلطتها التقديرية وذلك بالنظر إلى اعتـــبارات عديـــدة مثل ملاءة الشخص المتقدم بعطائه سواء أكان شخصاً طبيعـــياً أو معـــنوياً – قدرتـــه الفنـــية وأيضا بالنظر إلى طبيعة المشروع

---

(١) De Laubaadere : Op . Cit . p . 600 .

موضوع التعاقد ، وما يتطلبه من قدره تمويلية وخبرة فنية[1].

علــى أن الإدارة وهــى بصدد تقدير هذه الكفاءة سواء من الناحية المالــية أو الفنية عليها ألا تسئ استعمال هذه السلطة التقديرية . فلا يصح أن تعــترف بكفاءة شركة مثلا لتنفيذ عملية تتكلف مليون جنية بالرغم من أن رأس مال الشركة بضعة آلاف من الجنيهات .

وقــد يتطلب الأمر ضرورة أن يقدم المتناقص شهادات تبين كفاءته المالــية أو الفنــية وذلك كأن تطالبه الإدارة بضرورة التقدم بسابقة أعماله الــتى أجــراها ســواء مع الجهة التى تجرى المناقصة أو المزايدة أو مع الجهــات الإداريــة الأخــرى . ففــى فرنسا تستلزم الإدارة أحياناً أن يقدم المتــناقص شــهادة تثبت كفاءته من الجهة الحكومية عن عمليات سبق أن نفذهــا لديهــا أو لدى إحدى جهات الإدارة الأخرى والبيانات التى تتضمنها هذه الشهادات تكون على مسئولية الجهة التى أصدرتها وذلك إذا كانت هى السبب الرئيسى الذى أدى إلى التعاقد معه .

والإدارة وهى بصدد تقييم الموقف المالى والفنى للمقاول أو المتعهد تأخذ فى اعتبارها عوامل عديدة . فمن الناحية المالية تنظر فى مقدار رأس المــال ومدى تحقيق المشروع المتقدم بعطائه للأرباح أو الخسارة . ونسبة هــذه أو تلك من رأس مال المشروع وموقف الميزانية السنوية للمشروع . ومــن الناحية الفنية فإن الإدارة تراجع سوابق الأعمال التى سبق له القيام بهــا وعدد العمال الذين يستخدمهم ومدى تخصصه فى الموضوع المطروح للــتعاقد . وترتيب الشركة دولياً فى نطاق المناقصات الدولية وسمعتها فى نطاق الشركات المتخصصة فى موضوع المناقصة .

---

(١) C.E. janvier . 1843 , Chaevlon, Rec . P. 131 .

٢- الرقابة القضائية على قرارات الاستبعاد :

يستقر القضاء فى فرنسا ومصر على أن الإدارة وهى تمارس سلطتها فى استبعاد العطاءات لأحد الأسباب المتقدمة إنما هى تطبيق لسلطتها التقديرية(١). وعلى ذلك فأن الإدارة لا تلتزم بتسبيب قرارات الاستبعاد إلا إذا ألزمها القانون بذلك أو قررت ذلك فى شروط المناقصة .

على أن الواقع العملى يجرى على أن الإدارة تسبب قرار الاستبعاد وهو أمر يدعم فكرة الشفافية فى إجراءات المناقصات العامة فضلاً عن اتفاقه مع المبادىء العامة التى تحكمها .

وفى ذلك تذهب محكمة القضاء الإدارى فى حكمها بتاريخ ١٧ مارس ١٩٦٨ إلى أن الإدارة تستطيع «.. أن تستبعد كل من يفتقر إلى شرط أو أكثر من الشروط التى تتطلبها المناقصات والمزايدات أو دفاتر الشروط العامة أو الخاصة .. وقرارها فى ذلك يصدر بناء على سلطتها التقديرية. ولا يخضع للتعقيب القضائى إلا إذا شابه عيب إساءة استعمال السلطة(٢) .

٣- الأثر القانونى المترتب على تصدير العطاء « التزام مصدر العطاء بإيجابه » :

يترتب على تصدير العطاء إلى جهة الإدارة أثر هام يتمثل فى التزام مصدر العطاء بعطائه المدة المحددة فى الإعلان عن المناقصة .ولا يعنى هذا أن ثمة رابطة عقدية نشأت بين الإدارة ومقدم العطاء .فذاك لا يتم إلا

---

(١) C.E. 21 Juillet 1932-Eloy .p.761.
C.E. 27 Mai 1930 – Hughues-R ec p. 576.
C.E. Juin 1928 – Delattre –R ec . p. 1583

(٢) محكمة القضاء الإدارى بتاريخ ١٧ مارس ١٩٦٨ المجموعة فى ثلاث سنوات ص٢٧٣ رقم ١٦٢ .

بقبول الإدارة لهذا العطاء وهو أمر يأتى فى مرحلة لاحقة لإرساء المناقصة على عطاء بعينه .

ذلك أن العطاء المقدم من المقاول أو المتعهد لا يخرج عن كونه إيجاباً يتقدم به لجهة الإدارة المتناقصة ، الذى ينبغى أن يتوافق مع قبول الإدارة والذى يتم بصدور قرار من الجهة المختصة بإبرام العقد باعتماد إرساء المناقصة[١].

أ - أساس التزام مقدم العطاء بعطائه :

اختلف الفقه الفرنسى فى تأسيس مبدأ التزام مقدم العطاء بعطائه منذ لحظة تصديره إلى جهة الإدارة وحتى البت فى المناقصة فى الموعد المعلن لذلك فى كراسة الشروط . فذهب رأى أول : إلى تأسيس هذا الالتزام على فكرة الالتزام التعاقدى . وذهب آخرون على تأسيسه على الإرادة المنفردة .

فى الفقه الفرنسى :

الرأى الأول : ذهب الفقيه Houriou وهو بصدد التعليق على حكم لمجلس الدولة بتاريخ ١٩ مايو ١٩٢٢ . إلى أن العرض الذى يتقدم به مقدم العطاء يعتبر قبولاً ينعقد به عقد أولى غير ذلك الذى يتم بعد إرساء المناقصة . ومن ثم تعتبر شروط المناقصة إيجاباً لذلك العقد الأولى . وهذا العقد الأولى المنفصل عن العقد الأساسى يعد مصدر الإلزام وأساسه بالنسبة لالتزام مقدم العطاء بعطائه لحين البت فى المناقصة فى الوقت المعلن لذلك[٢].

---

(١) Jeze: Le Contrate Administratife, de l'Etat DePartement des Communes des établissement Publices. P. 18 .

(٢) C.E. 19 Mai 1922 Legeal, S. 1924 – 3-1- note Houriou.

ولاشــك أن مــنطق هــذا الرأى يصطدم بحقيقة ثابتة فى الفقهين الفرنســى والمصــرى والتى تعتبر الإعلان عن المناقصة بمثابة دعوة إلى الــتعاقد فى حين أن العطاء الذى يتقدم بهِ صاحبه لا يخرج عن كونه إيجاباً ينــتظر قبول الإدارة حتى يتم إنعقاد العقد وهو ما لا يتم إلا بإقرار واعتماد نتيجة المناقصة بالترسية على عطاء بعينه .

ثــم إن هذا الرأى لا يفيد فى تفسير التزام مقدم العطاء بعطائه فى حالة تجزئة المناقصة بين أكثر من عطاء[١].

كمــا أن هــذا الــرأى لا يفسر من ناحية أخرى ما هو مقرر لمقدم العطــاء من حق فى سحب عطائه فى حالات محددة دون مسئولية عقدية أو غير عقدية تنتج عن ذلك .

الرأى الثانى : وهــو رأى جمهور الفقه فى فرنسا ويرى أن أساس هــذا الالتزام هو الإرادة المنفردة لمصدر العطاء . فهذه الإرادة هى مصدر الــتزامه بالإبقاء على عطائه المقدم إلى جهة الإدارة مدة معينة إلى أن يتم إرساء المناقصة وإبرام العقد[٢].

فى الفقه المصرى :

لــم يكــن الأمر ليثير كثير خلاف فى الفقه فى مصر[٣]. فقد استقر الفقــه والقضاء فى مصر على تأسيس هذا الالتزام على الإرادة المنفردة . وهــو مــا يؤكده قانون المناقصات الجديد حيث تنص لائحته التنفيذية فى

---

(١) Jéze : op. cit. p. 120 et s.

(٢) pequignot (G) : op.cit. p. 225. Jeze, op. cit. p. 122.

(٣) ســليمان الطماوى – المرجع السابق ص٢٨٢ – أحمد عثمان عياد المرجع السابق ص١٣٧ ، عبد الفتاح أبو الليل – أساليب التعاقد الإدارى – ١٩٩٤ ص٢٤٢ .

المـادة ٥٩ على أن : «يبقى العطاء نافذ المفعول وغير جائز الرجوع فيه مـن وقـت تصـديره بمعرفة مقدم العطاء بغض النظر عن ميعاد استلامه بمعـرفة الجهـة الإدارية حتى نهاية مدة سريان العطاء المحددة باستمارة العطاء المرافقة للشروط» .

وقـد قضت محكمة القضاء الإدارى فى حكم لها بأن « القاعدة هى أن مقدم العطاء يلتزم بعطائه من وقت تصديره إلى نهاية المدة المحددة فى شـروط العطـاء ، وهـذه القاعدة تطبيق للقاعدة العامة فى مجال القانون الخـاص (المـادة ٩٣ مـن القـانون المدنى) والتى لم ير المشرع موجباً للخروج عليها فى مجال عقود الإدارة »[1].

وعلـى ذلك أيضاً تسير المحكمة الإدارية العليا ففى حكم لها بتاريخ ١٩٨٢/٦/٢٦ قضـت بأنه «منذ أن يصدر مقدم العطاء عطاؤه يظل ملتزماً بـه ولا يكون له إلا أن يعدل عنه كلية أو أن يخفض ما ورد به من أسعار علـى أن يـتم ذلك فى الحالتين قبل الموعد المحدد لفتح المظاريف ومن ثم فإنـه لا يكون لـه أن يعدل عطاءه بما يزيد من الأسعار التى تقدم بها ولو

---

(١) محكمـة القضـاء الإدارى الدعوى رقم ٩٦٥ لسنة ٣١ق جلسة ١٩٧٩/٦/١٧ .
وتـنص المادة ٩٣ على ما يلى« ١- إذا صدر الإيجاب فى مجلس العقد ، دون أن يعين ميعاد القبول ، فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق التليفون أو بأى طريق مماثل .
٢- ومـع ذلـك يـتم العقد، ولو ولم يصدر القبول فوراً إذا .لم يوجد ما يدل أن الموجـب قد عدل من إيجابه فى الفترة ما بين الإيجاب والقبول ، وكان القبول قد صدر قبل أن ينفض مجلس العقد».

كان ذلك قبل الموعد المحدد لفتح المظاريف ..»[١].

ب - مدة الالتزام :

- يقتضـــى المنطق القانونى ألا يظل مقدم الإيجاب ملتزماً بإيجابه إلى مـــا لا نهايـــة . فيجب أن يتحدد هذا الالتزام بمدة محددة . وهو ما يأخذ به القـــانون فى مصر وفرنسا ، حيث أن التزام مقدم العطاء بعطائه إنما يتحدد بـــالمدة مـــنذ تصديره إلى جهة الإدارة وحتى اليوم المحدد لفتح المظاريف وإرساء المناقصة . ولا يعتد بالوقت الذى تم فيه إتصال علم الإدارة بالعطاء وإنمـــا يتحدد ذلك الالتزام منذ لحظة تصديره إلى جهة الإدارة بصرف النظر عـــن وقـــت علمهـــا بهذا العطاء . على أنه فى كل الأحوال يجب أن يصل العطـــاء إلـــى جهة الإدارة قبل الساعة الثانية عشرة من اليوم المحدد لفتح المظـــاريف فـــإذا انقضى هذا الميعاد قبل وصول العطاء فإن وصول العطاء بعـــد ذلك لا يعتد به ولا ينتج أثره . ولا تستطيع جهة الإدارة إلزام صاحبه بـــه طالما أنها أنهت إجراءات فتح المظاريف وإرساء المناقصة وقد قضت المحكمـــة الإداريـــة العليا » ... ومن حيث أنه من المقرر أن يظل الموجب مرتبطا بإيجابه خلال الميعاد المحدد للقبول فلا يصبح الإيجاب ملزماً بعد أن فقد ما توافر له من الإلزام ويسقط تماماً وهذا هو التفسير السليم للنصوص المتقدمة ولنية الموجب فهو يقصد أن يبقى إيجابه قائما خلال المدة المحددة مـــادام لجأ إلى التحديد وهذا ما يتفق بوجه عام مع أصول الالتزامات بحيث لا يبقى الإيجاب مفتوحاً ومعلقاً طالما حدد بشروط وبمدة معينة »[٢].

---

(١) المحكمـــة الإدارية – الطعن رقم ١٢٥٥ السنة ٢٥ق جلسة بتاريخ ٦/٢٦/ ١٩٨٢ المجموعة السنة ٢٧ ص٧٢١

(٢) المحكمـــة الإداريـــة العلـــيا – الطعن رقم ٦٨٠ لسنة ٢٧ق جلسة ١٩٩٣/٤/١٣ الموسوعة جـــ٣٥ ص٢٨٩ .

المطلب الثانى

إسناد التعاقد عن طريق المناقصة

تستهدف المناقصة العامة أساساً إسناد التعاقد على العطاء الذى تقدم بأقل سعر وأفضل شروط . وهذا المبدأ هو ما يعرف بآلية المناقصة العامة ومن ثم فإن القانون ينظم إجراءات الإسناد تنظيما دقيقاً يضمن من خلاله تحقق هذا المبدأ التقليدى فى الإسناد .

وقد كان قانون المناقصات الملغى رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ يأخذ بمبدأ آلية المناقصة .

ولاشك أن مبدأ الإسناد بمقتضى السعر الأقل يتسق ومذهب الاقتصاد الحر الذى كان سائداً فى بدايات هذا القرن ، كما أنه كان يحقق فائدة محققة للإدارة من الناحية المالية حيث أنه يقتضى تنزيل العطاء على أقل الأسعار واستبعاد أعلاها(١).

وكان هذا المبدأ هو الذى يحكم إجراءات المناقصة فى فرنسا حتى منتصف القرن العشرين والذى شهد تطوراً فى إجراءات المناقصة وهذا التطور اقتضته العيوب التى كانت دائماً توجه لمبدأ الإسناد بمقتضى السعر الأقل السائد عند إجراءات المناقصة . ولعل أهم هذه العيوب ما يلى :

١- الإسناد بمقتضى السعر الأقل يؤدى إلى الاهتمام بمصلحة الإدارة المالية ولكنه يهدر مصلحتها الفنية . وهو أمر قد يعود بأعظم الضرر على مصلحة المرفق فى مجموعه ، فالعطاء ذو السعر الأرخص

---

(١) Flamm (Maurice- Andre) : Traité Théorique et pratiquue des Marchés publics,p. 181.

لـــيس هـــو الأجود فى كل حال وذلك فى الحقيقة يؤدى إلى نتيجة قد ترتب أضـــراراً كثـــيرة هو تعاقد الإدارة مع متعاقدين ليسوا على المستوى الفنى المطلـــوب مما يؤدى إلى تنفيذ العمل بصورة سيئة أو عدم تنفيذه أصلاً مما يترتب عليه أضرار مالية كثيرة فى المدى البعيد(١).

٢- أن الـــتقدم العلمـــى سواء فى مجال الصناعة أو وسائل الإنتاج أدى إلى أهمية العوامل الفنية فى التعاقد بحيث يصبح الخطأ فيها مكلفا إلى أقصى حد .

٣- الإســـناد بمقتضى السعر الأقل لا يرتكن فى إسناد المناقصة إلا علـــى فكرة السعر والسعر فى كل الأحوال هو أحد العناصر المكونة لعملية المناقصة والاعتداد به يهدر العناصر الأخرى التى يمكن فى كل حال أن تقل عـــنه أهمـــية . ولعـــل أهم هذه العناصر هى الخبرة والكفاءة ومدى تطور وسائله التكنولوجية ومركزه المالى وسوابق أعماله(٢).

٤- ثبـــت أنـــه فـــى أحوال غير قليلة يتعذر فيها اللجوء إلى فكرة الإســـناد عـــن طـــريق السعر الأقل ومنها مسألة تقديم الاستشارات الفنية وأيضاً فى حالة الشركات التى تحتكر النشاط أو يكون عدد المتخصصين فى تقديم هذا النشاط محدودا .

لكل هذه الاعتبارات حدث تطور ملموس فى آلية المناقصة العامة . فلم يعد الأمر يقتصر على فكرة الإسناد بمقتضى السعر الأقل .

---

(١) فؤاد العطار – وسائل تعاقد الإدارة – نظرية المناقصة والممارسة – مجلة مجلس الدولة – س ق يناير ١٩٥٤ ص٢٥٨ .

(٢) Flamm (M.A) : op.cit.p. 182 .

علـــى أنه مع تسليمنا بالتطور الذى حدث فى مسألة آلية المناقصة وعـــدم الاعتماد كلياً على المبدأ التقليدى فى الإسناد المشار إليه إلا أن هذا المـــبدأ ظـــل ســـارياً فـــى ظل القانون الملغى وإن كانت الانتقادات السابق الإشارة إليها قد أصابت فيه بعض التطور فلم يعد الأمر يقتصر على تفضيل العطاء الأقل سعراً ولكن أيضاً الأفضل شروطاً والأجود فنياً .

علـــى أن القـــانون الجديد للمناقصات العامة رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ عـــدل نهائياً عن هذا المبدأ واستحدث أسلوباً جديداً لإرساء المناقصة وهو ضـــرورة أن يتقدم كل متناقص بمظروفين أحدهما يحمل عرضاً فنيا والثانى يخصص للعرض المالى وذلك على التفصيل الذى سوف نراه فيما بعد .

وهـو الأمر الذى سبق لنا المطالبة به حيث اقترحنا الأخذ بنظام المناقصة على أساس تقديم عرض فنى وعرض مالى تطويراً لآلية الإسناد بمقتضى السعر الأقل والتى كانت سائدة فـى ظـل القـانون الملغى حيث ذهبنا إلى أن[1] «تلجأ الإدارة إلى هذا الأســـلوب فى المناقصات التى تتعلق بموضوعات ذات مواصفات فنية بالغة التعقـــيد . ففـــى هذا النطاق تعتبر الترسية بمقتضى السعر الأقل أمراً سيئاً شـــديد الخطـــورة . ومثال ذلك المناقصات التى تتعلق بأعمال الاستشارات الفنـــية أو التجهـــيزات الفنية أو التكنولوجية للمرافق العامة كالمستشفيات والمصانع وغيرها .

وفـــى مـــثل هذه المناقصات لا يصح الاستناد إلى السعر الأقل وذلك لأن العنصر الفنى فى هذه المناقصات لا يقل عن العنصر المالى بل إنه يعد أكـــثر أهمـــية . فالاعـــتماد على العنصر السعرى فقط فى مثل هذه الأحوال

(١) راجـــع مؤلفـــنا فـــى المناقصـــات العامـــة – دراسة مقارنة – ١٩٩٥– ص١٦٨ وما بعدها

يـؤدى إلـى انخفاض مستوى جودة الخدمات المقدمة حيث الفوز بالعقود للأقـل سـعراً وبالـتالى الأقل جهداً والأقل كفاءة ، مما نتج عنه العديد من المشـروعات منخفضـة الكفـاءة والباهظة التكلفة ، مما يبدد استثماراتنا القومية والموارد المالية المحدودة ويعرقل جهود التنمية» .

والمناقصة على أساس تقديم عرض فنى وآخر مالى ، تخضع لذات الإجراءات والقواعد التى تخضع لها المناقصات العامة والتى سبق بيانها إلا مـا تعلق منها بآلية الإسناد بمقتضى السعر الأقل . وذلك لأن الإسناد هنا لا يعـتد بالعنصر المالى فقط وإنما يعتد أساساً بالعنصر الفنى وبعد ذلك يأتى العنصـر المـالى . بـل إن العنصـر الفنى فى إطار هذه الصورة يكون له الأولوية فى الترسية على عطاء بعينه .

وتجـرى إجراءات هذه المناقصة على أساس أن يتقدم كل متناقص بمظـروف فـنى وآخر مالى . يحدد فى الأول المواصفات الفنية لموضوع المناقصـة وشـروطه المقترحة للتعاقد مع جهة الإدارة . وفى الثانى يحدد السعر وهذه الصورة تتطلب أن تحدد الإدارة فى شروط المناقصة « كراسة الشـروط » خطوطـاً عامة يتم التعاقد على أساسها مع إعطاء مقدم العطاء حرية تقديم عطائه فى إطار هذه الشروط بالكيفية التى يراها والتى تتناسب مع كفاءته وإمكاناته الفنية .

وتقـوم لجنة فتح المظاريف بتفريغ محتوى المظاريف التى تتضمن عروضـاً فنية فى مرحلة أولى ، وفى مرحلة ثانية تتولى لجنة البت ترتيب هـذه العروض فنياً ، وفى مرحلة ثالثة يتم فتح المظاريف التى تحتوى على العـروض المالـية . ويتم الإسناد بعد عمل الترتيب النهائى الذى يأخذ فى اعتـباره العامل المالى . فليس هناك ثمة إلزام بالترسية على العطاء الأقل

سعراً وذلك نظراً لكون هذا العطاء أقل من العطاءات الأخرى فى القيمة الفنية .

ولاشـــك أن هــذه الصورة تمثل تطوراً كبيراً لمبدأ الإسناد بمقتضى السـعر الأقـل . وهو تطور أملته حاجة الإدارة لذاتها . وكذلك أملته تعقد المواصـفات الفنية والتكنولوجية لموضوع المناقصة بصورة لم يعد يجدى معها الاحتفاظ بالمبدأ التقليدى فى الإسناد .

علـى أن الملاحـظ أن القـانون الجديـد رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ قد اسـتبدل بآلية الإسناد بمقتضى السعر الأقل طريقة العرض الفنى والعرض المـالى وجعلها أيضاً طريقة الإسناد التى تلجأ إليها الإدارة فى الأحوال التى لا تـتعقد فـيها المواصفات الفنية ولا يستدعى الأمر اختلاف العروض من الناحـية الفنـية كمـا يحدث فى عقود التوريد لأصناف محددة المواصفات بصـفة قطعية أو شراء أو بيع العقارات ففى مثل هذه الأحوال يظل اللجوء إلـى آلـية الإسناد بمقتضى السعر الأقل أكثر جدوى .وهو ما سوف نتبينه حيـن دراسـة كيفية الإسناد كما نظمها القانون الجديد إذ تتطلب مزيداً من الإجراءات تستغرق وقتاً طويلاً .

وسـوف نتـناول : كيفية إسناد المناقصة بمقتضى القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ .

الفرع الأول

كيفية الإسناد فى المناقصة بمقتضى القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨

نصـت المـادة العاشـرة مـن القانون على أن تقدم العطاءات فى مظروفيـن أحدهمـا للعـرض الفنى والآخر للعرض المالى . ويقتصر فتح مظـاريف العـروض المالـية على العروض المقبولة فنياً وذلك كله وفقاً

للقواعد والإجراءات التى تبينها اللائحة التنفيذية .

وفـــى تعليقها على هذا النص المستحدث ذهبت اللجنة المشتركة[1] إلى «وهى مادة فى غاية الأهمية نظراً لكونها تمثل فلسفة مشروع القانون المقدم من الحكومة من حيث الاهتمام بالناحية الفنية . وكان القانون الحالى يركـــز الاهـــتمام علـــى الناحية المالية فقط . وتقضى هذه المادة بأن يقدم العطاء فى مظروفين أحدهما فنى والآخر مالى ولا يفتح المظروف المالى إلا إذا قبل العطاء من الناحية الفنية .

أولاً : ضمانات الإسناد فى المناقصات :

تقـــوم المناقصة العامة أساساً على مبدأ حرية المنافسة – كما سبق أن أوضـــحنا – وإذا كـــان هـــذا المبدأ واجب الاحترام فى بدايات إجراءات المناقصـــة فإنـــه لازم أيضا فى نهايتها . فترسية المناقصة تمثل آخر حلقة مـــن الحلقات الممتدة لعملية المناقصة وهى عملية فى غاية الأهمية والدقة ممـــا يتطلـــب بطبـــيعة الحال أن تحاط بضوابط قانونية معينة تكفل تمامها بصورة تفضيل عطاء على آخر أو استبعاد عطاء لصالح عطاء آخر .

وضـــمانات الإســـناد فى المناقصة العامة[2]، تتعلق من ناحية أولى بتشـــكيل اللجان التى تقوم بترسية المناقصة وضرورة أن يكفل هذا التشكيل حـــيدة هذه اللجان ونزاهتها . ومن ناحية ثانية ضمانات تتصل بطريقة عمل هـــذه اللجان . وعلى ذلك سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين : نتناول فى

---

(١) من لجنة الخطة والموازنة ومكتبى لجنتى الشئون الدستورية والتشريعية والشئون الاقتصادية . فى نص التقرير راجع قانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ، الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية – ١٩٩٨ ص٢١ .

(٢) Quancand (MM) : op . cit, 162 .

الأول منهما تشكيل لجان ترسية المناقصة سواء تعلقت هذه اللجان بمجرد فتح المظاريف أو بالبت فيها . أما الثانى فنتناول فيه الضمانات التى تتصل بعمل هذا اللجان . وذلك على الوجه التالى :

١- تشكيل لجان البت :

يمثل تشكيل لجان البت فى المناقصة العامة ضمانة جوهرية لنزاهة إجـراءات المناقصـة العامة . ولذلك يعمد القانون إلى النص على تشكيل لجان البت وتحديد اختصاصاتها وتحديد كيفية ممارسة هذه الاختصاصات .

وتشكيل لجان البت سواء فى مصر أو فى فرنسا من النظام العام . فلا يجوز استبعاد أحكام القانون بصددها وذلك لما تمثله من ضمانة أساسية لـنزاهة إجـراءات المناقصـة . وسوف نتناول أولاً تشكيل لجان البت فى القـانون الفرنسـى وثانياً : تشكيل هذه اللجان فى مصر وذلك على الوجه التالى :

أ - تشكيل لجان البت فى فرنسا :

مـيز القانون الفرنسى بشأن العقود الإدارية بين تشكيل لجان البت فى المناقصات المتعلقة بعقود الدولة وبين المناقصات المحلية[١].

١- المناقصات المتعلقة بعقود الدولة أو المؤسسات والمرافق القومية :

يكون تشكيل لجان البت فى هذه العقود بقرار من الوزير المختص ، ويوجب القانون نشر هذا القرار فى الجريدة الرسمية . ويجب أن ينضم إلى هـذه اللجـان عضو من جمعيات حماية المستهلك والتى تراقب الإجراءات

---

(١) De Laubadere : op. cit. pp. 624 et s, Quancard (M) :op. cit. p. 163.

لمـــنع الاتفاقـــات غـــير المشـــروعة . على ألا يكون لهذا العضو رأى عند التصويت فكل ما يستطيع أن يبديه هو أراء استشارية فقط .

٢- المناقصات المحلية :-

هـــذه المناقصـــات قد تتعلق بمقاطعة أو قرية أو مؤسسة أو مرفق محلى ، وحدد قانون العقود الفرنسى طريق تشكيل لجان البت فى كل منها .

أ - بالنســـبة للمناقصـــات التى تجريها المقاطعات : فإن لجنة البت تشـــكل برئاسة رئيس المجلس المحلى أو نائبه وعضوية عضوين من هذا المجلـــس يخـــتارهما رئيسه ، وهذا المجلس يتشكل بالانتخاب ومن ثم فإنه يخضـــع للـــرقابة الشـــعبية بطـــريقة غير مباشرة . وتضم هذه اللجنة فى عضـــويتها أيضـــاً مندوباً عن وزارة الخزانة ومندوب عن جمعيات حماية المستهلك .

ب- المناقصات التى تجريها القرى والمدن الصغيرة : وتشكل لجان البـــت من العمدة رئيسا وعضوية اثنين من أعضاء المجلس البلدى وعضو من جمعيات حماية المستهلك ومندوب عن الخزانة العامة .

ج - المناقصـــات التى تجريها المرافق المحلية والمؤسسات العامة المحلـــية . فإن لجان البت تتشكل من الممثل القانونى للمؤسسة أو المرفق رئيســـا وعضوين من مجلس الإدارة يعينهما رئيس المرفق أو المؤسسة . وعضو عن جمعيات حماية المستهلك ومندوب عن الخزانة العامة .

وتشـــكيل لجـــان البت أمر يتعلق بالنظام العام وتجاوزه يؤدى إلى بطـــلان إجـــراءات المناقصـــة . فالتشكيل القانونى يؤدى إلى ضمان نزاهة المناقصة وشفافية إجراءاتها .

ولجـان البـت فـى القانون الفرنسى يشمل عملها فتح المظاريف وتقرير قبول العطاءات التى تتوافر فيها الشروط المعلنة فى المناقصة .كما لها أن تستبعد العطاءات التى لا تتوافر فيها هذه الشروط .

وقرار لجنة البت بالقبول أو الاستبعاد هو قرار إدارى يخضع لرقابة القضـاء الإدارى مـع الأخـذ فـى الاعتبار أنه قرار يصدر عنها بمقتضى سـلطتها التقديرية ومن ثم لا تؤاخذ هذه اللجان عن قراراتها إلا إذا كان هـناك ثمـة انحراف فى استعمال السلطة ، أو حين تسبب قراراتها بأسباب غير صحيحة .

كمـا يمـتد عمل هذه اللجان إلى إعداد قائمة بالعطاءات المقبولة . وتحديـد أسـس المفاضلة بينها ، وكذلك اتخاذ القرار بإرساء المناقصة أو التصرف فيها وفقاً لما ينص عليه القانون .

ب- تشكيل لجان البت فى القانون المصرى :

على خلاف ما ذهب إليه القانون الفرنسى بصدد تشكيل لجنة واحدة تخـتص بفـتح المظاريف والبت فى المناقصة بإرسائها على العطاء الأقل سـعراً والأنسب شروطاً . فإن القانون المصرى ذهب إلى ضرورة أن يكون البـت فـى المناقصـة عبر لجنتين : اللجنة الأولى تختص بفتح المظاريف واللجنة الثانية تختص بالبت فى المناقصة .

فاللجـنة الأولى تختص بفتح المظاريف وإثبات حالتها وبيان مدى اتفاقها أو اختلافها مع شروط المناقصة وتثبت ذلك كتابة بتقرير ترفعها إلى لجنة البت فى المناقصة[1].

---

(١) سعاد الشرقاوى . العقود الإدارية – المرجع السابق – ص٤١٥ .

علـــى أن القـــانون المصرى قد استثنى المناقصات التى تقل قيمتها عن ٥٠٠٠٠ جنيه مصرى فيكون فتح المظاريف والبت فيها من عمل لجنة واحـــدة تخـــتص بهذا وذاك . وعلى ذلك جرى نص المادة ١١ من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ .

ونصـــت المـــادة ١٢ على أن «يصدر بتشكيل لجان فتح المظاريف ولجـــان البـــت قـــرار من السلطة المختصة وتضم هذه اللجان عناصر فنية ومالـــية وقانونـــية وفـــق أهمـــية وطبيعة التعاقد .. ويجب أن يشترك فى عضـــوية لجان البت ممثل وزارة المالية إذا جاوزت القيمة مائتين وخمسين ألف جنيه وكذا عضو من إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة .

ويتضـــح من النص السابق أن المشرع أراد أن يضع مجموعة من الضـــوابط الـــتى تحكـــم عملية تشكيل لجان فتح المظاريف ولجان البت فى المناقصة . وهذه الضوابط تتمثل فيما يلى :

١- ضوابط تشكيل لجان فتح المظاريف ولجان البت فى المناقصة .

أ – صدور قرار تشكيل هذه اللجان من السلطة المختصة. والسلطة المختصـــة الـــتى تصدر قرار تشكيل لجنة فتح المظاريف هو رئيس الإدارة المركـــزية . أمـــا بالنسبة للسلطة المختصة بتشكيل لجان البت فهى سلطة الاعتماد المختصة .

ب- يجـــب أن يراعى فى تشكيل لجان فتح المظاريف أو لجان البت أهمـــية وقيمة التعاقد . فإذا كانت قيمة المناقصة كبيرة فيجب أن تشكل من موظفيـــن على درجة كبيرة من الكفاءة وكذلك من الدرجات الوظيفية العليا التى تتناسب وأهمية المناقصة .

ج - يجـب أن تضم لجان فتح المظاريف ولجان البت فى المناقصة عناصر قانونية وفنية ومالية حتى تكون هذه اللجان على دراية كاملة بكافة جوانب المناقصة . وحتى تخرج إجراءاتها سليمة وتحقق الهدف منها .

د - ويجـب أن تمـثل وزارة المالية فى لجان البت إذا زادت قيمة المناقصة عن ٢٥٠ ألف جنيه وهذا شرط خاص بتشكيل لجان البت فى هذه المناقصـة وذلـك تقديراً من المشرع لأهميتها . ويترتب على عدم حضور مـندوب وزارة المالـية فى مثل هذه الأحوال عدم صحة انعقاد اللجنة مما يترتب عليه بطلان قراراتها .

هـ - إذا زادت قيمة المناقصة عن ٥٠٠ ألف جنيه يجب أن تضم لجـنة البـت مندوباً عن وزارة المالية وعضواً من لجنة الفتوى المختصة بمجلـس الدولـة . ورتب القانون على تغيب أحدهما أو كليهما عدم صحة انعقاد لجنة البت مما يترتب عليه بالتبعية عدم صحة إجراءاتها .

أثر مخالفة تشكيل لجان فتح المظاريف ولجان البت :

يـثور التسـاؤل هل يترتب على عدم اجتماع هذه اللجان على غير الوجـه الذى حدده القانون - بأن كانت هذه اللجان غير كاملة على الوجه السابق بيانه - بطلان اجتماعاتها وبالتالى بطلان أعمالها .

هـذا هـو الـرأى الذى ذهب إليه البعض مقرراً أنه «يجب بطبيعة الحـال أن تجتمع اللجنة بالتشكيل المقرر فى الأمر الصادر بتشكيلها ، وإلا كان اجتماعها باطلا ، وقراراتها باطلة بالتبعية[1].

---

(١) سليمان الطماوى - المرجع السابق - ص٢٨٨ سعاد الشرقاوى - المرجع السابق ص٤٢١ .

وعلـــى عكس هذا الرأى ذهبت اللجنة الثانية لقسم الفتوى بمجلس الدولـــة بـــتاريخ ٢٥ مـــارس ١٩٩١ إلـــى أن « المشرع قد أناط بالسلطة المختصـــة بالجهـــات الإداريـــة تشكل لجان فتح المظاريف والبت وضماناً لســـلامة عمل تلك اللجان وسعياً وراء تحقيق الغرض المرجو منها فقد قرر ضـــرورة تضـــمين ذلك التشكيل عناصر فنية ومالية وأخرى قانونية إلا أن المشـــرع لم يعلق صحة عمل تلك اللجان على ضرورة حضور كل العناصر المشار إليها ذلك أنه إذا كان قد أراد تعليق سلامة عمل تلك اللجان وصحة انعقادها على ضرورة حضور كل العناصر لما أعوزه النص على ذلك ويؤكد هـــذا الـــنظر أن المشرع عندما رأى ضرورة وأهمية حضور عناصر معنية كمندوب وزارة المالية وعضو إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة ضمن تشـــكيل لجـــنة البت إذا تجاوزت القيمة التقديرية للمناقصة حدوداً معينة . فإنه قرر عدم صحة انعقادها إذا تخلف مندوب وزارة المالية أو عضو إدارة الفتوى»[١] .

وفـــى الحقيقة نرى ، أن ما ذهبت إليه لجنة الفتوى بمجلس الدولة أمـــر محل نظر . وذلك لأن غياب أحد أعضاء اللجنة سواء أكانت لجنة فتح المظـــاريف أم لجنة البت فيها أمر يخل بضمانات محققة تص عليها القانون هـــى فى أساسها تعد أشكالاً جوهرية مقررة لصالح مقدمى العطاءات . فهذا التشـــكيل هو الذى يضمن سلامة إجراءات الترسية وشفافيتها والقول بغير ذلك كما تذهب اللجنة يخل بمبدأ حرية المنافسة بين المتناقصين . فالقانون

---

(١) ملـــف رقـــم ١٨٧/٢/٤٧ - وخلصت اللجنة إلى صحة إنعقاد لجنة فتح المظاريف بـــدون حضـــور العضو القانونى - راجع فى ذلك أحمد منصور - المرجع السابق ص٢٥٢ .

عــندما اشــترط أن يشــمل تشكيل هذه اللجنة أو تلك عناصر مالية وفنية وقانونــية اســتهدف أن تقــوم هذه اللجان بعملها فى إطار من الفهم الفنى والقانونى لإجراءات المناقصة .

جدول يوضح حضور ممثل وزارة المالية وعضو مجلس الدولة حين البت فى إجراءات التعاقد أيا كانت الوسيلة المتبعة .

العضو الواجب حضوره	المناقصات والممارسات الداخلية	المناقصات والممارسات الخارجية
ممثل وزارة المالية	إذا جـاوزت القيمة ٢٥٠ الف جنيه	مليون جنيه
مستشــار من لجنة الفتوى المختصة بمجلس الدولة	إذا جـاوزت القيمة ٥٠٠ الف جنيه	مليون جنيه

٢- الضمانات التى تتصل بعمل لجان البت :

لــم يكتف القانون ولائحته التنفيذية بالنص على تشكيل لجان البت فــى المناقصــة ، وبــيان ضوابطه وإنما استلزم ضمانات أخرى تكفل لهذه اللجــان أداء عملها للحفاظ على مبدأ حرية المنافسة وتحقيق المساواة بين مقدمــى العطــاءات . وهــذه الضمانات تتمثل فى ضرورة أن تمارس هذه اللجان عملها فى جلسات علنية . وأن تتم كتابة هذه الإجراءات فى محاضر وتقارير رسمية .

وتمــثل الكــتابة هــنا إجــراء جوهرياً يترتب على مخالفته بطلان الإجراءات التى تقوم بها لجان فتح المظاريف أو البت فى المناقصة .

ويجــب على لجنة البت فى القانون الفرنسى أن تثبت كتابة بيانات العطــاءات التى قدمت فى المناقصة ثم تقوم بإعداد قائمة بترتيب العطاءات

التى سوف يختار من بينها العطاء الفائز[١].

وفى القانون المصرى تستلزم المادة ١٧ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات أن يقوم رئيس لجنة فتح المظاريف بإثبات عدد المظاريف فى محضر فتح المظاريف . كما يجب عليه إثبات حالة العطاءات من حيث اتفاقها أو اختلافها مع شروط المناقصة والتأشير بدوائر حمراء على البيانات التى يصاحبها كشط أو تغيير أو نحو ذلك واستلزمت أن يقوم رئيس اللجنة وأعضاؤها بالتوقيع على كافة الأوراق المرتبطة بالعطاء مع ضرورة ترقيمها وبعد ذلك يوقع رئيس اللجنة وأعضاؤها على محضر فتح المظاريف ويرفق به جميع الأوراق الخاصة بالعطاءات ويسلمها للجهة «الموظف» المختص توطئة لتسليمها إلى لجنة البت المختصة .

ثانياً : كيفية الإسناد :

يمر الإسناد فى المناقصة العامة حسب ما استحدثه القانون الجديد رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بمرحلتين : الأولى تعنى بترتيب العطاءات بناء على العرض الفنى ثم المرحلة الثانية : فتح المظاريف المالية . وذلك كما يلى :

١- فحص العروض الفنية :

تبدأ المرحلة الأولى فى إسناد التعاقد عن طريق المناقصة كما تحددها المادة ٢٣ من اللائحة التنفيذية بدارسة العروض الفنية والتحقق من مطابقتها للمواصفات والشروط المطروحة على أساسها المناقصة ، وللجنة أن تشكل من بين أعضائها أو غيرهم من أهل الخبرة لجانا فنية لدراسة العروض ورفع تقرير بنتائج الدارسة إلى لجنة البت .

---

(١) Quancard (m) : op. cit. p. 173.

ويجــوز للجــنة أيضاً أن تستوفى من مقدمى العروض ما تراه من بــيانات ومســتندات واستيضاح كل ما غمض من أمور فنية بما يعينها فى إجــراء عملــية التقيــيم الفنى الدقيق للعروض وذلك دون الإخلال بتكافؤ الفــرص والمســاواة بيــن مقدمــى العروض . فالأمر يقتصر على مجرد استيضــاح أو استفســار عــن بــيانات معيــنة .. ولا يتجاوزه إلى إضافة مواصــفات جديــدة أو تعديل مواصفات بالعطاء ففى ذلك إخلال بمبدأ تكافؤ الفرص بين مقدمى العروض .

وبعــد أن تنــتهى اللجنة من دراسة العروض المقدمة فإن الأمر لا يخلو من فرضين إما قبول العرض الفنى وإما رفضه ويجب أن تبين اللجنة بالتفصيل الكافى أوجه النقص والمخالفة للشروط والمواصفات فى العطاءات التى تسفر الدارسة عن عدم قبولها فنيا .

وإذ اختلف أعضاء لجنة البت فى الرأى حول قبول أو رفض أى من العطــاءات مــن الناحــية الفنية فإن المادة ٢٤ من اللائحة التنفيذية تحيل الفصل فى الموضوع إلى السلطة المختصة .

٢- فتح المظاريف المالية :

بعــد اعتماد توصيات لجنة البت من السلطة المختصة . فإنه يجب تحديد موعد لفتح المظاريف المالية بالنسبة للعطاءات المقبولة فنياً .ويجب ألا تقــل المدة بين تاريخ إعلان أسباب القرارات بقبول أو استبعاد العروض الفنــية وبين انعقاد لجنة فتح المظاريف المالية . وبعد مراجعة محتوى هذه المظاريف . تتولى لجنة البت إجراء المفاضلة بين العروض وفقا لما تقضى بــه المــادة ٢٨ مــن اللائحة التنفيذية وذلك بعد توحيد أسس المقارنة من جمــيع النواحى الفنية والمالية مع الأخذ فى الاعتبار شروط توفير الضمان

والصـيانة وقطـع الغـيار ومسـتلزمات التشغيل وشروط السداد والتسليم وغيرها من العناصر التى تؤثر فى تحديد القيمة المقارنة للعطاءات بحسب ظـروف وطبـيعة موضـوع الـتعاقد . وإذا تضـمنت شروط الطرح تقييم العـروض بـنظام النقاط فيتم ترتيب أولوية العطاءات بقسمة القيمة المالية المقارنة لكل عطاء على مجموع النقاط الفنية الحاصل عليها .

ممـا سـبق يتضـح أن الأسـلوب الـذى استحدثه القانون الجديد للمناقصات فى الإسناد يهتم أساساً بالمواصفات الفنية للسلعة التى تحتاجها الإدارة وهـو أمـر سبق أن طالبنا به كتطوير لازم على المبدأ التقليدى فى الإسناد والذى كان يعرف بآلية المناقصة . على أنه يلاحظ أن هذا الأسلوب يسـتغرق وقتا وإجراءات كثيرة وهو أمر مقبول إذا كان موضوع المناقصة سلعة لها مواصفات فنية متطورة ومتباينة . غير أن هذه الإجراءات تصبح غـير ذات جـدوى إذا كـان موضوع المناقصة سلعة لا تختلف مواصفاتها الفنـية أو تتبايـن كمـا يحدث غالبا فى عقود التوريد كعقود توريد سلعة محدودة المواصفات ، وكذلك فى العقود الإدارية التى يكون محلها شراء أو بـيع عقـار ففى مثل هذه الحالات كان يجب على المشرع أن يستبقى آلية الإسـناد بمقتضـى السـعر الأقل توفيراً للوقت والجهد ولتحقيق المصلحة المالية للإدارة من غير إهدار للاعتبارات الفنية .

المبحث الثانى
التعاقد عن غير طريق المناقصة

المطلب الأول
الممارسة العامة

جعل القانون الجديد للمناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ الممارسة العامة أسلوباً رئيسياً للتعاقد الإدارى إلى جوار المناقصة العامة وجعل للسلطة المختصة الاختيار بينهما وفقا للظروف وطبيعة التعاقد .

وكقاعدة عامة يخضع التعاقد عن طريق الممارسة العامة لذات القواعد والإجراءات التى تنظم عملية التعاقد بطريقة المناقصة العامة فيما عدا ما ورد بشأنه نص خاص فى قانون المناقصات ولائحته التنفيذية .

وبداءة يكون اللجوء إلى الممارسة العامة بقرار من السلطة المختصة وهى التى تقرر اللجوء إلى الممارسة العامة نظراً لطبيعة التعاقد وظروفه . ولا تلتزم الإدارة بتسبيب قرارها باللجوء إلى الممارسة العامة ذلك أن الممارسة العامة لم تعد وسيلة استثنائية للتعاقد كما كان الأمر فى القانون الملغى .

وذلك على خلاف الممارسة المقيدة والتى يعتبر اللجوء إليها استثناء وبقرار مسبب وفى حالات محددة فى المادة الخامسة من قانون المناقصات العامة وهى ما يلى .

١ - الأشياء التى لا تصنع أو تستورد أو توجد إلا لدى جهات أو أشخاص بذواتهم .

٢ - الأشياء التى تقتضى طبيعتها أو الغرض من الحصول عليها أن يكون اختيارها أو شراؤها من أماكن إنتاجها شراؤها من أماكن إنتاجها .

٣ --الأعمـــال الفنية التى تتطلب بحسب طبيعتها أن يقوم بها فنيون أو أخصائيون أو خبراء بذواتهم .

٤ - التعاقدات التى تقتضى اعتبارات الأمن القومى أن تتم بطريقة سرية.

ويخضـــع الإعـــلان عن الممارسة العامة لذات القواعد والإجراءات التى تخضع لها المناقصات العامة والتى سبق دراستها .

وفى الإسناد عن طريق الممارسة العامة يتم دراسة العروض الفنية كمـــرحلة أولـــى بنفس الإجراءات التى تتم فى المناقصة العامة . وبعد ذلك تـــتولى لجنة الممارسة إجراء مقدمى العروض المقبولة فنيا وهو ما تنص علـــيه المـــادة ٤٤ مـــن اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات . وبعد اعتماد السلطة المختصة لتوصيات لجنة الممارسة بنتيجة الدراسة الفنية للعروض تتولى إدارة المشتريات إخطار مقدمى العروض المقبولة فنياً بموعد ومكان انعقـــاد لجـــنة فـــتح المظـــاريف المالية والسابق تقديمها منهم – ليتسنى حضـــورهم أو مـــندوبوهم أعمـــال لجنة الممارسة . ويجب مراعاة انقضاء سبعة أيام عمل على الأقل بين تاريخ إعلان أسباب القرارات الخاصة بقبول أو اســـتبعاد العـــروض الفنية فى لوحة الإعلانات المخصصة لهذا الغرض وبين تاريخ إرسال الإخطارات الخاصة بموعد فتح المظاريف المالية .

وتـــتولى لجنة الممارسة إجراء ممارسة مقدمى العروض المقبولة فنـــياً أو مندوبـــيهم فـــى جلســـات علنية للوصول إلى أفضل الشروط وأقل الأســـعار بمـــراعاة توحيد أسس المقارنة بين العروض من جميع النواحى الفنية والمالية .

المطلب الثانى

الاتفاق المباشر

أجــاز قــانون المناقصات العامة رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ فى الحالات العاجلة التى لا تحتمل اتباع إجراءات المناقصة أو الممارسة بجميع أنواعها أن يــتم الــتعاقد بطــريق الاتفــاق المباشر بناء على ترخيص من السلطة المختصة .

فطريقة الاتفاق المباشر أسلوب استثنائى تلجأ إليه الإدارة فى حالة اللجــوء إلــى الطرق الأخرى وغالبا ما يتعلق الأمر باحتياجات عاجلة تريد الإدارة أن تتعاقد عليها . وعلى ذلك فإن أسلوب الاتفاق المباشر يتحرر من الإجراءات الصارمة التى تحكم المناقصات والممارسات بكافة أنواعهما فهو يعطــى لــلإدارة حرية واسعة فى اختيار المتعاقد معها دون اتباع إجراءات معينة .

وحددت المادة ٧ من قانون المناقصات السلطة المختصة بالترخيص للتعاقد بالاتفاق المباشر كما يلى :

أ - رئــيس الهيئة أو رئيس المصلحة ومن له سلطاته فى الجهات الأخــرى ، وذلــك فــيما لا تجاوز قيمته خمسين ألف جنيه بالنسبة لشراء المــنقولات أو تلقى الخدمات أو الدراسات الاستشارية أو الأعمال الفنية أو مقاولات النقل ، ومائة ألف جنيه بالنسبة لمقاولات الأعمال .

ب- الوزيــر المختص ومن له سلطاته ، أو المحافظ فيما لا تجاوز قيمــته مائــة ألــف جنــية بالنسبة لشراء المنقولات أو تلقى الخدمات أو الدراســات الاستشارية أو الأعمال الفنية أو مقاولات النقل ، وثلاثمائة ألف

جنيه بالنسبة لمقاولات الأعمال .

ولرئـــيس مجلـــس الوزراء ، فى حالة الضرورة القصوى أن يأذن بالـــتعاقد بالطـــريق المباشر فيما يجاوز الحدود المنصوص عليها فى البند (ب) من الفقرة السابقة .

وعلى ذلك فإن رئيس مجلس الوزراء يستطيع أن يأذن بالتعاقد عن طـــريق الاتفـــاق المباشر بدون حد أقصى وهو أمر يتنافى مع كون الاتفاق المباشر طريقا استثنائياً للتعاقد .



الباب الثالث

التحكيم والعقود الإدارية

التحكيم والعقود الإدارية

التحكــيم أســلوب لفــض المنازعات ملزم لأطرافها . وينبنى على اختيار الخصوم بإرادتهم أفراداً عاديين للفصل فيما يثور بينهم من نزّاع .

والتحكيم بهذا المعنى يقدم على اعتبار أنه بديل لنظام التقاضى أمام المحــاكم الــتى تنظمها الدولة . فهو يتميز ببساطة إجراءاته وسرعته فى الفصــل فــى المــنازعات . وذلــك راجع إلى أن التحكيم يتخفف كثيراً من الإجراءات الصارمة التى يخضع لها نظام التقاضى .

وذلــك لأن القضــاء شــديد التحوط لحقوق الأفراد . وهو ينظر فى الأنــزعة الــتى تعــرض علــيه ، ويقضى فيها بحكم وفق إجراءات حددها القانون لا يستطيع أن يغيرها أو يبدلها .

هذا كله بخلاف التحكيم ، فأطراف المنازعة يختارون من يقضى فى خصوماتهم ، ويختارون الإجراءات التى يجب أن يسيروا عليها حين الفصل فــى هــذه الخصومات . هذا فضلاً عن تحديد المدة التى يجب صدور حكم التحكــيم خلالهــا . وهذه أمور غير واردة عند التقاضى أمام المحاكم ، فقد تستمر المنازعة أمام القضاء سنين عدداً .

والتحكيم بهذا المعنى وجد نطاقه الطبيعى منذ أمد بعيد فى منازعات الــتجار . فالمعــاملات بصــفة عامة شديدة الحساسية لمشكلة الوقت الذى تستغرقه المنازعات أمام القضاء.

علــى أنه فى الآونة الأخيرة بدأ التحكيم يقدم على أنه نظام عالمى وبــدأ نطــاق تطبــيقه يتسع ليشمل منازعات جديدة . وبدأت الأمم المتحدة والأجهــزة القانونــية التابعة لها تنشط فى إصدار مشروعات القوانين التى

توحد التحكيم وتعمم أنظمته وتدعو الدول الأعضاء للأخذ بها . علاوة على إبرام المعاهدات الدولية التى تضمن لأحكام التحكيم ذات الفاعلية والاحترام الواجب لأحكام القضاء الوطنى .

علـــى أنـــه مهمـــا قيل فى التحكيم من مميزات ، فإنه على خلاف القضـــاء فـــيه ترخص فى الضمانات الإجرائية والموضوعية ، ثم إنه يضع الخصـــومة بيـــن يـــدى هيئة تحكيم هى فى الغالب أجنبية ، وتطبق قانوناً أجنبياً، والحكم فيه نهائى لا يقبل الطعن فيه إلا فى أحوال استثنائية .

وترتيـــباً علـــى ذلك لم يكن إدراج شرط التحكيم فى العقود الإدارية أمراً سهلاً . وهو ما نوضحه فيما يلى :

فـى الفصل الأول : التحكـــيم فى العقود الإدارية فى فرنسا . وينقسم بـــدوره إلـــى مبحثين نتناول فى الأول الحظر التشريعى للتحكيم فى العقود الإداريـــة وموقـــف القضاء منه ، وفى الثانى نتناول فيه الاستثناءات التى أجازت التحكيم فى العقود الإدارية .

أمـا الفصل الثانى : فســوف نخصصـــه لدراسة التحكيم فى العقود الإدارية فى مصر ، ونقسمه إلى ثلاثة مباحث نتناولها كما يلى :

المبحث الأول : غياب النص التشريعى واختلاف الفقه والقضاء حول جواز التحكيم فى العقود الإدارية .

المبحث الثانى : القانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ واستمرار الخلاف حول التحكيم فى العقود الإدارية.

المبحث الثالث : القـــانون رقـــم ٩ لســـنة ١٩٩٧ وخضوع العقود الإدارية للتحكيم .

أما الفصل الثالث : فنرصد فيه أثار التحكيم على العقود الإدارية .

الفصل الأول

التحكيم فى العقود الإدارية فى فرنسا(١)

تعتـــبر فرنســـا مهـــد القانون الإدارى . فهو قد نشأ فيها لظروف تاريخية فى أواخر القرن التاسع عشر . وهو قانون غير مقنن يرجع الفضل فى إرساء قواعده وتحديد نظرياته إلى القضاء الإدارى الفرنسى .

ونظـــرية العقـــد الإدارى باعتبارها إحدى نظريات القانون الإدارى تستمد أحكامها وقواعدها من أحكام القضاء .

هذه النشأة القضائية للقانون الإدارى ولنظرية العقد الإدارى ، أدت إلى وجود ارتباط ضرورى بين وجود العقد الإدارى وبين القضاء الإدارى . فبـــناء نظـــرية للعقد الإدارى تختلف عن القواعد التى تحكم العقد المدنى . باعتـــبار أن العقد الإدارى سواء فى إبرامه أو فى تنفيذه أو فى الآثار التى تترتب عليه يختلف عن العقد المدنى .

---

(١) – DELAUBADÈRE (André) : F. Moderne. P. Delvolvé: Troité des con- trats administratifs. L.G.D.J. l éd 1984 T. II n os 1719 p. 943 et s.

- Auby (J.M) : Larbitrage en matiêre administrative, A.J. 1955 I . p. 81.
- Foussard (D) ; l'arbitrage en droit adminidtratif. Rev. de l'arbitrage 1990. p. 4.
- Pactrsu (B) : l'arditrage en droit adminidtratif . Juris. Class. Proc. Civil, Fasc n° 1048.
- Chapus (René) : droit du contentieux administratif 6 éd . Montchreestien. P. 209.
- Stillm : L'arbitrage en droit administretif th daris 1960.
- Paisoye (J) : jurisdictions arbitraies dons contentieux administratif A.J 1969 .

هـــذا الـــتراث القضـــائى الذى أنشأ القانون الإدارى وشيد نظرياته ومـــنها نظـــرية العقـــد الإدارى يفســـر لنا الموقف المتشدد لمجلس الدولة الفرنســـى مـــن عـــدم جـــواز التحكيم فى العقود الإدارية . وإذا كان قانون الإجراءات المدنية الفرنسى الصادر فى سنة ١٨٠٦ نص فى المادة ١٠٠٤ علـــى عـــدم جواز التحكيم أو التصالح بالنسبة للمنازعات التى يجب إبلاغ النيابة العامة بشأنها .

ثـــم حددت المادة ٨٣ من القانون الأشخاص العامة الواجب عرض مـــنازعاتها على النيابة العامة ومن بينها المؤسسات العامة . فإن القضاء العادى على خلاف القضاء الإدارى قد استخدم حيلاً كثيرة للحد من نظام هذا الحظر . كما أن المشرع الفرنسى قد تدخل أكثر من مرة للحد من نطاق هذا الحظر .

وســـوف نقســـم هذا الفصل إلى مبحثين . نتناول فى الأول :الحظر التشـــريعى للتحكـــيم فـــى العقود الإدارية وموقف القضاء منه ، والثانى : الاستثناءات التى أجازت التحكيم فى العقود الإدارية .

المبحث الأول

الحظر التشريعى للتحكيم فى العقود الإدارية وموقف القضاء منه

نـــص قانون الإجراءات المدنية الفرنسى فى المادتين ٨٣ ، ١٠٠٤ مـــنه علـــى حظر التحكيم فى المنازعات التى تتصل بالدولة أو بالأشخاص العامة إذا كان من الواجب إبلاغ النيابة العامة فى شأنها .

وظاهـــر الحظـــر الوارد فى نص المادتين ٨٣ ، ١٠٠٤ من قانون الإجـــراءات المدنـــية الفرنســـى والتى أصبحت المادة ٢٠٦٠ من القانون المدنـــى الحديـــث[1] يشمل كل المنازعات التى تكون الأشخاص العامة طرفاً فـــيها حتى ولو تعلق الأمر بعقد من عقود الإدارة التى تختص بها المحاكم المدنـــية أو الـــتجارية . واعتـــبر هذا الحظر متعلقاً بالنظام العام لا يجوز مخالفته . ولم يسلم بذلك القضاء العادى الفرنسى . فقد كان الواقع يبين أن الدولـــة أو إحدى المؤسسات العامة تضطر إلى إبرام عقود تقبل فيها شرط التحكـــيم لا ســـيما عقـــود التجارة الدولية والتى أصبحت فى أغلبها عقوداً نموذجـــية لا يملـــك المـــتعاقدان تغيـــيراً جوهرياً لشروطها ومن ذلك شرط التحكيم .

وقـــد حـــدث أن قامـــت إحدى المؤسسات العامة الفرنسية وتسمى **Office National Interprafessionnel Cereals (O.N.I.C)** دعوى تعويض على قبطان سفينة San Carlo عن أضرار لحقت ببضاعة لهـــا تـــنقلها مـــن اثيوبيا إلى فرنسا أمام المحاكم الفرنسية . فدفع صاحب الســـفينة بعـــدم اختصـــاص المحكمة الفرنسية بنظر النزاع حيث أن وثيقة الشـــحن والـــتى وقعت عليه المؤسسة الفرنسية تقضى بخضوع المنازعات

---

(1) Art. 2060. (L. n° 72 - 626 du 5 juill. 1972) . On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capactité des personnes, sur celles relaives au di-vorce et à séqaration de corps ou sur les contestations intéressant les col- lectivités pudliques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matiéres qui intéressent l'ordre public .
(L.n° 75- 596 du 9 juill. 1975). «Toutefois. Des categories d'établisse- ments publics à caractére industriel et commercial peuvent étre autorisées par décret à compromettre » .
GOCBEAUX (Gilles) . BLHR (philippe) et. HENRY (Xavier) code civ- il 24[ed] . 1997 . Dulloz – p 1518 .

الناشئة عن العقد للتحكيم طبقاً لأحكام القانون الإيطالى فى جنوة .

وقضــت محكمة Aix en. Provence فى ١٥ مايو ١٩٥٩ بعدم اختصاصها وذلك لأن العقد من العقود الدولية والتى لا يخضع للحظر الوارد بمقتضــى المادتيــن ٨٣ ، ١٠٠٤ . وأن تطبيق هذا الحظر على مثل هذه الاتفاقــيات ســوف يضــر بمصــالح الــبلاد وســمعتها فى محيط التجارة الدولــية[1]. وهــو ما سبق وقررته أيضاً محكمة استئناف باريس فى ١٠ أبريل ١٩٥٧ .

وأيدت محكمة النقض الفرنسية هذا الحكم فى ١٤ أبريل ١٩٦٤[2]. علــى أنــه فى الجانب الآخر ظل مجلس الدولة الفرنسى رافضاً للتحكيم فى العقــود الإدارية[3]. ودرج مجلس الدولة الفرنسى على بطلان شرط التحكيم فــى العقــود الإدارية وذلك استناداً إلى نصوص قانون الإجراءات المدنية الفرنســى وإلــى أن اختصاصــه بنظر منازعات الأشخاص العامة أمر من النظام العام ولا يمكن مخالفته .

وذهــب مفوض الدولة إلى أن الوزراء لا يستطيعون حل المنازعات بــاللجوء إلى التحكيم وترك الاختصاص القضائى وذلك لأن التحكيم لا يكفل ذات الضــمانات الــتى يوفرها القضاء ولم يفرق مجلس الدولة فى إبطاله

(1) Aix – en Provence. 5 Mai 1959. O.N.I.C-C upitaine S.S San Carlo. Revue Trimestrielle de droit Commercial . 1959 p. 875 note Boitard.

(2) Cass. Civ. 14 Avril 1964 sirey 1964 not j : Robert.

(٣) راجع :

VEDEL (G)., Delvolvé (P). : dtoit administratif. T. 2. p.u.f. 1992 pp. 49 et s.

لشرط التحكيم من منازعات الدولة أو الأشخاص العامة أو الأقاليم[١].

وفى أحد أحكام المجلس ذهب مفوض الدولة GAZU إلى أن حظر التحكـيم فـى منازعات الأشخاص العامة مبدأ قانونى وقضائى مستقر دون حاجـة إلى الإسناد إلى نصوص قانون الإجراءات المدنية الفرنسى لا سيما المادتين ٨٣ ، ١٠٠٤[٢].

وإزاء هـذا الموقـف الصارم من مجلس الدولة الفرنسى وتعميمه علـى كافـة المنازعات التى تتعلق بمرفق عام حتى وإن لم تكن من طبيعة إدارية . فقد تدخل المشرع الفرنسى للحد من إطلاق هذه القاعدة[٣].

---

(1) Chopus (R): droit administratif general, T.I. 6e éd. Montchrestien. 1992 p. 281 . De laubadére : Contrats administttttatifs. T.II. L.G. D. J. Paris. 1984. p. 950. C.E. 27 Mars 1893, ch. De Fer du Nord. S. 1894 p. 119 Concl. Romieu. «Les ministres ne peuvent remettre aux des arbitres la soluution d'une question litigieuse. Parce qu'ils ne peuvent se dérober aux Juridictions établies » .

وانظر أحكام المجلس فى هذا الإتجاه أيضاً :

C.E. 22 jonvier 1937. Dedachy Rec . p. 93 .
C.E . 28 Avril 1948 Office public d'hobitations a bon marché de seine-et-Eoise . Rec . P: 180 .
C.E. 27 Décembre 1948 . Hospices de Montpellier Rec . P. 497.
C.E. 5 Juillet 1950 . société Française de Constuctions . Rec. p. 416 .

(2) C .E. 13 Décembre 1957 . la société nationale de ventes des surplus (S.N.V.S) . AJ . 1958 . 2. p. 91. concl F. Gaziu , note J L. L'huillier. JCp 1958 n° 10800 .

(3) Storme (M) : L'arditroge entre personnes de droit public et personnes de droit publie et personnes de droit prive . Rev . Arblitrage 1978 . pp. 113 et s.

المبحث الثانى
الاستثناءات التشريعية
التى أجازت التحكيم فى العقود الإدارية

تدخل المشرع الفرنسى – أكثر من مرة – لتقرير جواز اللجوء إلى التحكيم فى العقود الإدارية كما يلى :

أولاً : قانون ١٧ أبريل ١٩٠٦ وجواز التحكيم فى بعض العقود الإدارية .

ثانياً : قانون ١٩ أغسطس ١٩٨٦ وجواز التحكيم فى العقود الدولية .

المطلب الأول
قانون ١٧ أبريل ١٩٠٦

نص هذا القانون فى المادة ٦٩ منه على جواز التحكيم وفقاً لأحكام الباب الثالث من قانون الإجراءات المدنية الفرنسى لإنهاء المنازعات المتعلقة بتصفية نفقات عقود الأشغال العامة والتوريد[١]. وحدد هذا القانون نطاق تطبيقه ، وشروط إعماله[٢]. وذلك على الوجه التالى :

أولاً : نطاق تطبيق القانون ١٧ أبريل ١٩٠٦ :

أجاز القانون التحكيم لتصفية نفقات عقود الأشغال العامة والتوريد:

---

(1) Piur la liquidation de leurs dépenses de travaux publics et de fournitures . L'état . les departments et les Communes pourront récourir a l'arbitrage tel qu'il est reglé pat le titre III de code de procedure civile) .

(2) Stillunkes : L' arbitrage en droit administratif , op . cit .pp. 19, et s. De lau-badé des contrats abministratifs . op . cit . p. 948 .
وراجع أيضا شمس ميرغنى على : التحكيم فى منازعات المشروع العام ، المرجع السابق ، ص٣٣٥ .

Pour la liquidation de leurs dépenses de travaux public et de fournitures . وعلى ذلك حدد هذا القانون طبيعة النزاع بتصفية نفقـــات عقـــود الأشـــغال العامـــة والتوريدات ، ومن ثم لا يتعدى ذلك إلى المـــنازعات الـــتى تنشأ عن هذه العقود ولا تتصل بهذه المشكلة . هذا من ناحـــية ، ومـــن ناحية ثانية يجب أن تتصل هذه المنازعات بعقد من عقود الأشغال العامة والتوريد . ومن ثم لا تخضع للتحكيم المنازعات التى تتصل بتصفية النفقات الناشئة عن أى عقد إدارى آخر غير هذين العقدين .

ومن ناحية ثالثة ، فإن القانون حدد نطاقه بعقود الأشغال العامة والتوريد الـــتى تـــبرمها الدولـــة ، L`Etat ، والمديـــريات Les departments والمحلـــيات Les Communes ، وقـــد اعتبر مجلس الدولة هذا التعداد علـــى سبيل الحصر . وترتيباً على ذلك استبعد من نطاق تطبيقه المشروع العام[1].

ثانيا : شروط إعمال القانون :

اشترط القانون لاعماله ما يلى :

١ – أن يـــتم اللجـــوء إلـــى التحكـــيم عـــبر مشـــارطة تحكـــيم Compromis أى بعـــد نشـــوء النزاع فلا يصح وفقاً لهذا القانون إدراج شـــرط تحكـــيم إبتداء من العقد إنما يتم بعد حدوث النزاع . وإقرار القانون لمشـــاركة التحكـــيم دون شرط التحكيم يتفق مع ما ذهب إليه المشرع من تقيـــيد نطـــاق تطبـــيق هذا القانون بنوع معين من المنازعات والتى تتصل بتصـــفية نفقـــات الأشغال العامة والتوريدات . فمشارطه التحكيم تبرم بعد النزاع وتحسس جوانبه وتحديد طبيعته وهل يجوز فيه التحكيم أم لا ، وذلك

---

(1) C.E 13 Décembre 1957 , S.N.V.S, R.D.P. 1958 p. 83.

علـــى خـــلاف شـــرط التحكيم والذى يدرج فى العقد عادة عند إبرامه وقبل نشوء أى نزاع بين أطرافه .

٢- موافقـــة مجلـــس الـــوزراء بمرسوم يوقع عليه وزير المالية والوزيـــر المختص حسب الأحوال وذلك فيما يتعلق بعقود الأشغال العامة أو التوريد الخاصة بالدولة .

٣- أمـــا إذا تعلـــق بعقود بالمديريات Departements يجب أن يناقش مجلس المديرية التحكيم ويوافق عليه الوزير المختص .

وإذا تعلق العقد بالبلديات فإنه يجب موافقة المجلس البلدى واعتماد مدير المقاطعة .

وهذه الأشكال تعتبر جوهرية ويترتب على مخالفتها بطلان مشارطة التحكيم[١] .

المطلب الثانى

قانون ١٩ أغسطس ١٩٨٦

وجواز التحكيم فى العقود الدولية

حدث أنه فى سنة ١٩٨٦ أرادت فرنسا أن تتعاقد مع شركة أمريكية لإقامة ملاهـــى علـــى نســـق ملاهى والت ديزنى فى الولايات المتحدة الأمريكية . وأصـــرت الشـــركة الأمريكـــية أن تضمن العقد شرط التحكيم كوسيلة لفض المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن العقد ، وعرض الأمر على مجلس الدولة الذى رفض إقرار شرط التحكيم فى العقد واعتبره مخالفاً للنظام العام . كما

---

(1) C.E.22 Janvier 1937, Debachy, Rec. p. 93 .

أن شروط تطبيق المادة ٢٠٦٠ من القانون المدنى الحديث غير متوافرة - إذ أن هـذه المـادة لا تسمح إلا بعقد مشارطة تحكيم لتصفية نفقات عقود الأشغال العامة والتوريد .وذلك بعد نشوء النزاع .

وأمـام إصرار الشركة الأمريكية على تضمين العقد شرط التحكيم ، صـدر قـانون ١٩ أغسـطس ١٩٨٦ والـذى أجـاز للدولة وللمقاطعات وللمؤسسـات العامـة أن تقبل شرط التحكيم فى العقود الدولية المبرمة مع شركات أجنبية(١)وذلك استثناء من أحكام المادة ٢٠٦٠ من القانون المدنى واشترط القانون لتطبيقه ما يلى :

١- أن يكـون العقد مبرماً مع شركة أجنبية ، أى يكون عقداً دولياً ومن ثم لا ينطبق هذا الاستثناء على العقود التى تبرم بين شركات وطنية .

٢- أن يكـون العقـد بخصـوص مشروع ذا نفع قومى حتى يبرر اللجوء إلى التحكيم .

ويشـمل نطاق هذا القانون كل العقود الدولية التى تبرمها الدولة أو المقاطعـات أو المؤسسـات العامة ، ومن ثم فلا يقتصر نطاق تطبيقه على عقـود الأشـغال العامـة وعقـود التوريد . كما أنه يجيز التحكيم فى كافة المنازعات التى تنشأ عن هذه العقود .

٣- اشـتراط صـدور مرسـوم من مجلس الوزراء للموافقة على

---

(1) Art. 9 « Par derogation a l'article 2060 du code civil. l'Etat les col- lecivités territoiales et les établissement publics sont autorisés dans Ies contrats qu'ils concluent conjointement avec des soietés étrangeres pour la realization d'operation d'intérét national. Àsouscrire des clauses com- promissoires en vne retation des ces contrats » .

تضـــمين العقد شرط التحكيم . وذلك يكون فى كل حالة على حدة .ومجلس الـــوزراء وهـــو بصدد موافقته على إدراج التحكيم بالعقد لـــه أن يتأكد من توافر الشروط التى حددها القانون .

ويتضـــح مما سبق أن تطور الأخذ بنظام التحكيم فى العقود الإدارية فـــى فرنســـا ســـواء كان ذلك فى صورة الشرط أو المشارطة يؤكد حرص المشـــرع الفرنســـى تجـــاه الأخذ بالتحكيم ، وحساسية القضاء الإدارى فى تطبـــيق النصـــوص التشـــريعية التى تقرر ذلك . وذلك على الرغم من ان فرنســـا كدولـــة لا يمكـــن أن يصدق فيها تلك المخاوف التى تؤرق الأنظمة القانونية والقضائية فى دول العالم الثالث بشان التحكيم .

الفصل الثانى

التحكيم فى العقود الإدارية فى مصر(١)

عــرف الــنظام القانونى المصرى التحكيم منذ زمن بعيد . على أن أهمــية التحكــيم كوسيلة لفض المنازعات بديلاً عن القضاء لم تأخذ مكانا عليا فى مصر إلا أوائل الثمانينات من هذا القرن مع اتجاه الدولة إلى نظام الاقتصــاد الحــر وتخصيص شركات القطاع العام . فبدأ الاتجاه إلى التحكيم يــتزايد . وبــدا أن التنظــيم القانونى الوارد بقانون المرافعات قاصر عن ملاحقة مشكلات الواقع العملى .

ولعــل أبرز هذه المشكلات كانت تلك التى تتصل بالتحكيم فى العقود الإدارية و مع غياب النص التشريعى الذى ينظم التحكيم فى العقود الإدارية.

---

(١) راجــع :- إبراهــيم علــى حسن : تأملات فى اختصاص التحكيم بمنازعات عقود الدولــة، مجلة قضايا الدولة - السنة ٤١ العدد الثانى ، أبريل - يونيه ١٩٩٧ ، ص٣ .

- محمد كمال منير : مدى جواز الاتفاق على الالتجاء إلى التحكيم الإختيارى فى العقود الإدارية وتعليق على حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٣٠٤٩ لســنة ٣٢ق ، جلســة ١٩٩٠/٢/٢٠ مجلــة العلوم الإدارية - السنة الثالثة والثلاثون - العدد الأول - يونيو ١٩٩١ .
- أحمــد الشــلقانى : التحكــيم فــى عقود التجارة الدولية - مجلة إدارة قضايا الحكومــة - السنة العاشرة ، ١٩٩٦ ، العدد الأول ص٧٩ ، ومحاضرته فى التحكــيم فــى عقود الدولة ذات العنصر الأجنبى بتاريخ ١٩٨١/٤/٩ ، نادى مجلس الدولة سابق الإشارة إليها .
- زكى محمد النجار : الوسائل غير القضائية لحسم المنازعات الإدارية ، ١٩٩٣ - دار النهضة العربية ، ص٣٣٤ .

ومـــع تــزايد اتجــاه الدولة والأشخاص العامة الأخرى إلى تضمين العقود الإداريـــة شــرط أو مشــارطه تحكــيم لتسوية المنازعات الناشئة عن هذه العقــود. اختلف الفقه وتضاربت أحكام القضاء حول مدى جواز التحكيم فى العقود الإدارية .

وعــندما صدر قانون التحكيم فى المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ نص فى المادة الأولى منه على أنه « مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها فى جمهورية مصر العربية تسرى أحكام هذا القــانون علـــى كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخـــاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التى يدور حولها النزاع إذا كان هــذا التحكــيم يجــرى فى مصر ، أو كان تحكيماً دولياً يجرى فى الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون » .

ولم ينه هذا النص الخلاف حول جواز التحكيم فى العقود الإدارية . فعلى الرغم من أن جمهور الفقه قد ذهب إلى شمول هذا النص للتحكيم فى العقود الإدارية . ذهب الرأى الآخر إلى عدم جواز ذلك ، وأن هذا النص لم يحسم الخلاف حول التحكيم فى العقود الإدارية . وبجلسة ١٨ ديسمبر سنة ١٩٩٦ أصدرت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة فتواها والتى خلصت فيها إلى عدم صحة شرط التحكيم فى منازعات العقود الإدارية .

هــذه الــتطورات استدعت من المشرع أن يتدخل مرة ثانية لتعديل المـــادة الأولـــى من القانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وذلك بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ بإضـــافة فقــرة ثانـــية تنص على «وبالنسبة إلى منازعات العقود الإداريـــة يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى

اختصاصـــه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ، ولا يجوز التفويض فى ذلك» .

وسوف نقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث نتناولها كالتالى :

المبحث الأول : غياب النص التشريعى واختلاف الفقه والقضاء حول جواز التحكيم فى العقود الإدارية .

المبحث الثانى : صـــدور القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ واستمرار الخلاف حول التحكيم فى العقود الإدارية .

المبحث الثالث : خضـــوع العقـــود الإداريـــة للتحكيم بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ .

المبحث الأول

غياب النص التشريعى واختلاف الفقه والقضاء حول جواز التحكيم فى العقود الإدارية

لم يتضمن قانون المرافعات المدنية الصادر برقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ بيـــن نصوصه التى نظمت التحكيم فى الباب الثالث منه ما يحمل بين طياته انتصاراً لرأى دون آخر فى مسألة التحكيم فى العقود الإدارية .

فالمـــادة ٥٠١ من هذا القانون نصت على أنه « يجوز الاتفاق على التحكيم فى جميع المنازعات التى تنشأ من تنفيذ عقد معين » .

فهذا النص قد أجاز الاتفاق على التحكيم فى نزاع معين ، كما أجازه فى جميع المنازعات التى تنشأ عن تنفيذ عقد معين .

وظاهـــر النص يجيز التحكيم فى جميع العقود بحسبانه أطلق عبارة جميع المنازعات التى تنشأ عن تنفيذ عقد معين . يستوى فى ذلك أن يكون عقداً مدنياً أو إدارياً .

وقد كان العمل يجرى أن الإدارة تقبل شرط التحكيم عند إبرام العقد لا ســيما فـــى عقود الأشغال العامة وعقود الاستغلال[1]. وعند حدوث نزاع تلجـــأ للقضاء تستنجد به زاعمة بأن التحكيم لا يجوز فى العقود الإدارية . وهو موقف فى حقيقة الأمر يبعث على الحيرة والدهشة.

حـــيرة تأتى من موقف الدولة أو الأشخاص العامة حين تقبل شرط التحكـــيم عـــند إبرام العقد ، وكانت تستطيع أن ترفض ذلك .ويبقى للطرف الأخر – فى هذه الحالة – إما قبول إبرام العقد دون شرط التحكيم – أو عدم إبـــرامه . ثـــم بعد ذلك تنقض ما سبق ووافقت عليه . وبذلك ينطبق عليها القـــاعدة الأصـــولية التى تقول من سعى إلى نقض ما تم على يديه فسعيه مردود عليه[2].

---

(١) مـــن الشـــائع إدارج شـــرط التحكيم فى عقود البترول . وعقود استغلال الثروات المعدنـــية بصفة عامة . راجع : محمد طلعت الغنيمى : شرط التحكيم فى اتفاقات البـــترول . مجلـــة الحقـــوق للـــبحوث القانونـــية والاقتصادية – كلية الحقوق – جامعة الإسكندرية – السنة العاشرة ١٩٦٠ – ١٩٦١ ، العدد الأول والثانى ، ص٥١ وما بعدها .
أحمـــد أبـــو الوفا : التحكيم الاختيارى والإجبارى . المرجع السابق ، ص٥٨ وما بعدها . وأيضا أحمد الشلقانى : الدولة والتحكيم فى عقود التجارة الدولية ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، السنة العاشرة ١٩٦٦ العدد الأول ، ص٧٩ .

(٢) فـــى الحـــالات التى عرضت على القضاء الإدارى ، كانت الإدارة قد قبلت بإرادتها شرط التحكيم فى العقود الإدارية . وعند حدوث النزاع لجأت للقضاء الإدارى الذى قضى باختصاصه بنظر النزاع .

والدهشة من تقاعس المشرع عن التدخل واتخاذ موقف حاسم تجاه التحكيم فى العقود الإدارية أياً كانت صورة هذا الموقف .

علـــى أنـــه إذا كان موقف المشرع المصرى من التحكيم فى العقود الإداريـــة غير مبرر . فإن اختلاف الرأى سواء لدى الفقه أو القضاء حول جـــواز أو عـــدم جـــواز التحكيم فى العقود الإدارية كان يستند إلى مبررات قانونية . وذلك على الوجه التالى :

المطلب الأول

عدم جواز التحكيم فى العقود الإدارية

ذهـــب الـــرأى الأول إلـــى عدم جواز التحكيم فى العقود الإدارية ، واستند هذا الرأى إلى عدة حجج أهمها :

أولا : التحكيم يتعارض مع سيادة الدولة :

تنهض هذه الحجة على أساسين :

يتمـــثل الأســـاس الأول فـــى ان التحكـــيم يعتـــبر فى حقيقته سلب لاختصـــاص القضـــاء الوطنى الذى هو مظهر أساسى من مظاهر سيادتها . وإذا كـــان مقـــبولاً بالنسبة لمنازعات الأفراد بعضهم البعض ، فإن قبولها بالنسبة للدولة يعتبر ماساً بهذه السيادة .

أمـــا الأســـاس الثانى فيتمثل فى أن التحكيم يستبعد تطبيق القانون الوطنى ويؤدى إلى تطبيق القانون الأجنبى[١].

---

(١) فـــى مناقشة هذه الحجج راجع : محسن شفيق : التحكيم التجارى الدولى ، المرجع السابق ، ص٤٠ وانظر أيضاً أحمد الشلقانى : التحكيم فى عقود التجارة الدولية ، المرجع السابق ، ص٨٣ .

وفـــى الحقيقة نرى أن الاحتجاج بسيادة الدولة فى هذا المجال أمر فـــى غـــير محلـــه ، ذلـــك مـــع التسليم بأن التحكيم يعتبر فى حقيقته سلباً لاختصاص قضاء الدولة ، إلا أن ذلك لا يكون إلا بمقتضى قانون يسمح به.

فالمشـــرع الوطنى هو الذى يسمح بالتحكيم حتى ولو كان اختيارياً وأن إدارة الأطـــراف ليســـت كافية بذاتها لخلقه ، وإنما يتطلب الأمر تدخل المشرع لإقرار اللجوء إليه ، هذا من ناحية .

ومـــن ناحـــية أخـــرى : فـــإن التحكيم لا تنقطع صلته بالقضاء . فالمشرع الوطـــنى فـــى النصوص التى تنظم التحكيم يحرص على أن يعطى للقضاء ســـلطة التدخل فى أعمال المحكمين سواء بالمساعدة والمؤازرة أو الرقابة والإشراف وهى أمور يختلف مداها من نظام إلى آخر .

ومـــن ناحية ثالثة : فإنه إذا جاز للقاضى أن يحسم الخصومة بحكم اســـتناداً إلـــى رأى خبير ، أفلا يجوز أن يلجأ أطراف الخصومة إلى الخبير مباشرة لحسم منازعاتهم عن طريق التحكيم[١].

ومـــن ناحـــية رابعة ، فإن الأشخاص العامة وهى بصدد إبرام العقد الإدارى وإدارج شرط التحكيم فيه تستطيع تطبيق القانون الوطنى .

حقـــيقة الأمر أن استخدام مبدأ السيادة فى هذا النطاق نراه أمراً فى غـــير محله وإن كان مرده فيما يبدو لنا خشية الدول النامية ومخاوفها من نظـــام التحكـــيم . والتى مدارها الاختلال الواضح وعدم التوازن البين الذى يمـــيز علاقـــات هـــذه الـــدول بالدول الكبرى والشركات الكبرى فيها والتى تحـــرص على تضمين العقود التى تبرمها مع الدول النامية شرط التحكيم .

---

(١) فى هذا المعنى راجع : محسن شفيق : لمرجع السابق ، ص٤١ .

وذلـــك لكى تستبعد من خلاله المثول أمام القضاء الوطنى والقانون المعمول بـــه فـــى هذه الدول[1] والدول النامية لا تقدر عن رفض التحكيم جملة وذلك لأنـــه أصبح مطلباً أساسياً للشركات الأجنبية عند إبرامها للعقود الدولية مع هذه الدول .

ثانـياً : جـواز التحكـيم فـى العقـود الإداريـة يعتبر عدواناً على اختصاص القضاء الإدارى بنظر هذه المنازعات :

ذلـــك أن اختصـــاص مجلس الدولة بنظر المنازعات الإدارية مقرر بـــنص الدســـتور ، فالمادة ١٧٢ من الدستور المصرى تقضى بأن مجلس الدولـــة هيئة قضائية مستقلة ، ويختص بالنظر فى المنازعات الإدارية وفى الدعاوى التأديبية ، ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى .

كمـــا أن القـــرار بقانون بشأن مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ يـــنص فـــى المادة العاشرة منه على أنه تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل فى المسائل الآتية :

(حـــادى عشـــر) ... المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد وبأى عقد إدارى آخر .

وتطبـــيقا لـــذلك فـــإن التحكيم الذى يعتبر سلباً لاختصاص القضاء الإدارى بـــنظر المنازعات الإدارية والذى قرره الدستور ونص عليه قانون مجلس الدولة[2] .

---

(١) Audit (Bernard) : Jurisprudence et droit Du developpement , sous la direction De Herve Cassan, Contrats internationaux et pays en de-veloppement 1989 , economica, p. 115 et s.

(٢) محمد كمال منير : المرجع السابق . ص٣٣٠ .

وفـــى الحقـــيقة أن نص المادة ١٧٢ من الدستور لا تجدى فى هذا المقام ، فالنص على أن مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة يختص بالفصل فى المنازعات الإدارية يهدف إلى تقرير ضمان استقلال مجلس الدولة بنص دستورى يغل يد المشرع العادى عن النيل من هذا الاستقلال .

أمـــا نـــص المـــادة العاشرة فى فقرتها حادى عشر على اختصاص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية. إنما يفسره تطور اختصاص مجلس الدولة بنظر هذه المنازعات . فالقانون رقـــم ٩ لســـنة ١٩٤٩ كـــان ينص فى المادة الخامسة منه على أن تفصل محكمـــة القضـــاء الإدارى فى المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامـــة وعقود التوريد الإدارية التى تنشأ بين الحكومة والطرف الآخر فى العقد .

ويترتـــب على رفع الدعوى فى هذه الحالة أمام المحكمة المذكورة عدم جواز رفعها إلى المحاكم العادية .

وكـــان هـــذا الاختصاص المشترك والذى أقره القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ يمثل شذوذاً فى التنظيم القانونى لمسألة الاختصاص بنظر منازعات العقـــود الإدارية . وهو الأمر الذى صححه القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ بشـــأن إعـــادة تنظيم مجلس الدولة إذ نص فى المادة العاشرة منه على أن يفصـــل مجلس الدولة بهيئة قضاء إدارى دون غيره فى المنازعات الخاصة بعقـــود الالـــتزام والأشغال العامة والتوريد أو أى عقد أخر وهو ما حرص علـــى تأكيده القرار بقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ فى المادة العاشرة سالفة الذكـــر . ومن ثم يتضح أن عبارة تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها .. لا يقصـــد مـــنها استبعاد العقود الإدارية من نطاق التحكيم كوسيلة لفض

المنازعات . هذا فضلاً عن أن التحكيم كنظام لفض المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية لم يكن له صدى فى وعى المشرع حين إصدار قوانين مجلس الدولة ومنها القرار بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ .

المطلب الثانى

جواز التحكيم فى العقود الإدارية

ذهب الرأى الثانى إلى جواز التحكيم فى العقود الإدارية وذلك استناداً إلى عدم وجود نصوص تشريعية تمنع التحكيم فى العقود الإدارية. فالمادة ٥٠١ من قانون المرافعات تنص على أنه يجوز الاتفاق على التحكيم فى نزاع معين بوثيقة تحكيم خاصة ، كما يجوز الاتفاق على التحكيم فى جميع المنازعات التى تنشأ من تنفيذ عقد معين .. ولا يثبت التحكيم إلا بالكتابة .

ويجب أن يحدد موضوع النزاع فى وثيقة التحكيم أو أثناء المرافعة ولو كان المحكمون مفوضين بالصلح ، وإلا كان التحكيم باطلاً .

ولا يجوز التحكيم فى المسائل التى لا يجوز فيها الصلح ولا يصح التحكيم إلا لمن له التصرف فى حقوقه .

فهذا النص وان لم يواجه أساساً مشكلة التحكيم فى العقود الإدارية، إلا أنه أطلق الحكم بجواز الاتفاق على التحكيم فى جميع المنازعات التى تنشأ عن تنفيذ عقد معين . وهى عبارة من السعة بحيث تشمل فى رحابها فكرة العقد الإدارى .

وإذا كان نص المادة ٥٠١ من قانون المرافعات قد حظر التحكيم فى

المســائل التى لا يجوز فيها الصلح . فإنه من المتفق عليه فقهاً وقضاءً أنه ليس من المحظور على جهة الإدارة التصالح فى منازعات العقود الإدارية، حــتى ولــو لــم يوجد نص يجيز ذلك بشرط ألا يمس الصلح مسائل تتعلق بالنظام العام[١] .

وذهبت المحكمة الإدارية العليا فى حكمها[٢]. إلى أنه .. لا يقدح فى اجتماع مقومات الصلح المشار إليه وأركانه ما أثير من أن الصلح لا يجوز فى المسائل المتعلقة بالنظام العام ، ومن ذلك الاتفاقيات الحاصلة على كيفية المحاســبة بشــأن تنفيذ العقود الإدارية ذلك أن القول لا يصدق على حقوق الجهــة الإداريــة الماليــة المترتــبة على العقود الإدارية إلا إذا كانت هذه الحقوق محسوبة بصفة نهائية وليست محلاً للنزاع .

وحقــيقة الأمر أن استخدام نص المادة ٥٠١ من قانون المرافعات للقــول بجــواز التحكــيم فــى العقود الإدارية أمر يتجاوز حدود هذا النص فالتحكيم يعتبر طريقاً استثنائياً لفض المنازعات بصفة عامة وهو فى حقيقة يعتبر عدواناً على اختصاص القضاء يسلبه بعضاً من المنازعات التى يجب أن تخضــع لـــه . ومــن ثــم فــإن إقراره لابد وأن يكون بنص تشريعى صــريح[٣]. وهــو مــا اســتقر عليه الأمر فى فرنسا ، حيث أنه لا يسمح

---

(١) راجــع ســليمان الطماوى : الأسس العامة للعقود الإدارية ، ١٩٨٤ ، ص١٧٢ .
محمد كمال منير : مدى جواز الالتجاء إلى التحكيم الاختيارى فى العقود الإدارية .
تعلق على حكم الإدارية العليا – المرجع السابق ، ص٣٤٣ . زكى محمد النجار : المرجع السابق ، ص٢٣٦ .

(٢) حكــم المحكمــة الإداريــة فــى طعن رقم ٨٠٢ لسنة ١١ق جلسة ١٩٦٨/٢/١٠ الموسوعة الإدارية الحديثة ، الجزء الثامن عشر ، ص٨٧٠ ، قاعدة رقم ٥٥٧ .

(٣) محمد كمال منير : المرجع السابق ، ص٣٤٠ .

بالتحكيم فى المنازعات الإدارية إلا حيث يوجد نص تشريعى يجيز ذلك .

وثمـــة حجـــة أخرى تساق للقول بجواز التحكيم فى العقود الإدارية مستمدة من القرار بقانون بشأن مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ المادة ٥٨ إذا تـــنص على .. ولا يجوز لأية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصـــالح الدولـــة أن تبرم أو تجيز أى عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكميـــن فـــى مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء إدارة الفتوى المختصة .

فهـــذه المـــادة تفيد بجواز التحكيم فى العقود الإدارية ، وتضع قيداً على ذلك وهو استفتاء إدارة الفتوى المختصة

علـــى أن الـــرأى الآخر ، والذى يرى عدم جواز التحكيم فى العقود الإداريـــة يذهب إلى أن هذا النص لم يرد به ما يقطع صراحة بجواز التجاء جهة الإدارة إلى التحكيم لفض منازعات العقود الإدارية . وذلك على اعتبار أن مشـــروعية الاتفـــاق علـــى التحكيم مسألة منفصلة عن ما يقتضيه نص المادة ٥٨ من قانون مجلس الدولة من إلزام المشرع للجهات الإدارية بعدم الاتفاق على التحكيم إلا إذا استفتت إدارة الفتوى المختصة[1].

---

(١) محمد كمال منير : المقال السابق الإشارة إليه ، ص٣٤١ .

المبحث الثانى

صدور القانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ واستمرار الخلاف حول التحكيم فى العقود الإدارية

بتاريخ ١٨ أبريل ١٩٩٤ صدر القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية . ونص فى مادته الأولى على مايلى :

مع دعم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها فى جمهورية مصر العربية تسرى أحكام القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التى يدور حولها النزاع .

وقد حددت هذه المادة من القانون نطاق تطبيقه على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التى يدور حولها النزاع .

فهل حسمت هذه العبارة الجدل الذى أشتد أواره فى الفقه والقضاء فى مصر قبل إصدار القانون حول مشكلة التحكيم فى العقود الإدارية .

ذهب جمهور الفقه المصرى إلى أن هذا النص قد شمل بنطاقه العقود الإدارية بصريح نصه على امتداد تطبيقه على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص .

كما أن المذكرة الإيضاحية للقانون أكدت خضوع العقود الإدارية للتحكيم حين نصت على .. سريان تلك الأحكام على كل تحكيم تجارى دولى يجرى فى مصر سواء كان أحد طرفيه من أشخاص القانون العام أو

أشـــخاص القـــانون الخاص فحسم المشروع بذلك الشكوك التى دارت حول مـــدى خضـــوع بعـــض أنواع العقود التى يكون أحد أطرافها من أشخاص القـــانون العام للتحكيم فنص على خضوع جميع المنازعات الناشئة عن هذه العقـــود لأحكـــام هذا المشروع أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التى يدور حولها النزاع .. هذا من ناحية .

علـــى أن الرأى الآخر ذهب إلى أن القانون الجديد لم يحسم مشكلة التحكيم فى العقود الإدارية وذلك راجع إلى خطورة المشكلة وتشعبها وتعدد جوانـــبها . ومـــن ثم يصعب التسليم بحسمها عن طريق الجملة التى وردت فـــى المادة الأولى من هذا القانون . فالعقود الإدارية تحكمها قواعد خاصة وخارقـــة للشـــريعة العامـــة وهى قواعد القانون الإدارى وهى فى معظمها قضـــائية من خلق القضاء الإدارى يصعب التسليم بخضوعها للتحكيم وفق هذا القانون الذى لم ينص صراحة على خضوعها لأحكامه[1].

وفـــى حقـــيقة الأمـــر أن نـــص المـــادة الأولى من قانون التحكيم والمناقشـــات الـــتى دارت حولـــه فـــى مجلس الشعب وما أوردته المذكرة الإيضاحية لا تقطع برأى نهائى فى مسألة التحكيم فى العقود الإدارية . كما أن المناقشـــة البرلمانية لهذه المادة كانت بالغة الضعف ، ولم ترق أبداً إلى أهمية النص باعتباره يحدد نطاق تطبيق القانون .

فمن ناحية أولى : استندت إلى معلومات خاطئة . فالقول بأن موضوع

---

(١) أكثم الخولى : الاتجاهات العامة فى القانون التحكيم الجديد ، بحث مقدم إلى مؤتمر القـــانون المصرى الجديد للتحكيم التجارى الدولى وتجارب الدول المختلفة ، التى اعـــتمدت القانون النموذجى ، مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى بالاشتراك مع لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولى ، ١٢ – ١٣ سبتمبر ١٩٩٤ .

التحكيم فى العقود الإدارية قد حسم بإفتاء مجلس الدولة غير صحيح . فإذا كانـــت الجمعية العمومية قد ذهبت إلى جواز التحكيم فى العقود الإدارية فى فـــتواها الأولى ١٩٨٩/٥/١٧ – فإنها فى فتواها الثانية قد قيدت ذلك بعدم اســـتبعاد القواعـــد الموضـــوعية الـــتى تحكـــم العقود الإدارية فى القانون المصرى.

هـــذا فضـــلاً عن أن المحكمة الإدارية العليا قد رفضت فى أحكامها الصادرة بعد هاتين الفتويين التحكيم فى العقود الإدارية . ومن ثم فإنه يبقى مـــن غـــير المنطقى الزعم بأن مجلس الدولة قد أتخذ موقفاً من التحكيم فى العقـــود الإداريـــة . بل إننا سوف نرى أن الجمعية العمومية قد عدلت عن موقفهـــا من التحكيم فى العقود الإدارية ، وذهبت فى فتوى لها بتاريخ ١٨ يسمبر ١٩٩٦ إلى عدم جواز التحكيم فى العقود الإدارية .

ومـن ناحية ثانية : فإن المناقشات البرلمانية بخصوص المادة الأولى مـــن القـــانون علـــى الوجـــه الذى بيناه لم تنه المشكلة حتى داخل مجلس الشـــعب. فبعد إقرار المادة بحالتها كما جاءت بالمشروع تجدد النقاش حول التحكيم فى العقود الإدارية عند مناقشة المادة الثانية[١] .

---

(١) تنص المادة الثانية من القانون على يكون التحكيم تجارياً فى حكم هذا القانون إذا نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع إقتصادى ، عقدية كانت أو غير عقدية ، ويشـــمل ذلـــك علـــى سبيل المثال توريد السلع أو الخدمات والوكالات والسياحية وغـــيرها ونقـــل التكنولوجيا والاستثمار وعقود التنمية وعمليات البنوك والتأمين والـــنقل وعملـــيات تنقيب واستخراج الثروات الطبيعية وتوريد الطاقة ومد أنابيب الغاز أو النفط ، وشق الطرق والأنفاق واستصلاح الأراضى الزراعية وحماية البيئة وإقامة المفاعلات النووية .

فعــندما أعترض أحد الأعضاء على أمثلة العقود التى تعددها المادة علـــى اعتـــبار أن .. ضرب الأمثلة ليس من عمل المشرع بل هو من عمل الفقــه والقضـــاء ، وفـــى التطبيق فهذه المادة تضرب أمثلة عديدة وعندما تســـاءل لماذا هذه الأمثلة ؟ فقيل له أنها من أجل أن نتفادى النص صراحة على العقود الإدارية .

المبحث الثالث

خضوع العقود الإدارية للتحكيم بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧

بعــد صدور فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بعدم صـــحة شـــرط التحكيم فى منازعات العقود الإدارية . سارعت الحكومة إلى مشـــروع قـــانون بتعديل المادة الأولى من القانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكـــيم فـــى المواد المدنية والتجارية . وذلك لتشمل بنطاقها التحكيم فى العقـــود الإداريـــة . وصدر به القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ وجاءت المادة الأولـــى منه على الوجه التالى « تضاف إلى المادة (١) من قانون التحكيم فـــى المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ فقرة ثانية ، نصها كالآتى :

« وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقـــة الوزيـــر المخـــتص أو مـــن يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ، ولا يجوز التفويض فى ذلك » .

وهذا التعديل يثير مسألتين :

الأولى : نطاق تطبيق القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ .
الثانية : شروط الحكيم فى العقود الإدارية وفقاً لما يتطلبه هذا القانون .

المطلب الأول

نطاق تطبيق القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧

أضافت المادة الأول من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ فقرة ثانية إلى المادة الأولى من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ، تنص على «وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ، ولا يجوز التفويض فى ذلك» .

ونصت المادة الثانية على أن «ينشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية ويعمل به من اليوم التالى لتاريخ نشره» .

أولاً : **يتمثل موضوع القانون فى منازعات العقود الإدارية** :

نص القانون على أنه « وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم .. » وعلى ذلك فإن هذا القانون قد شمل برحابه جميع منازعات العقود الإدارية سواء كانت فى مرحلة إبرام العقد أو تنفيذه أو ما يترتب عليه من آثار ، هذا من ناحية .

ومن ناحية أخرى فإن النص ينطبق حكمه على كافة العقود الإدارية، فلم يخصص المشرع عقوداً معينة وخصها بجواز التحكيم فيها . كما أنه لم يستبعد من نطاق التحكيم أى عقد إدارى .

ونصت المادة الثانية من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على أمثلة

لكثــير من العقود الإدارية حين نصت على « يكون التحكيم تجارياً فى حكم هذا القانون إذا نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادى . عقدية كانــت أو غــير عقديــة ، ويشــمل ذلك على سبيل المثال توريد السلع أو الخدمــات والوكــالات التجارية وعقود التشييد والخبرة الهندسية أو الفنية ومنح التراخيص الصناعية والسياحية وغيرها ونقل التكنولوجيا والاستثمار وعقود التنمية وعمليات البنوك والتأمين والنقل وعمليات تنقيب واستخراج الــثروات الطبيعية وتوريد الطاقة ومد أنابيب الغاز أو النفط ، وشق الطرق والأنفــاق واستصــلاح الأراضى الزراعية وحماية البيئة وإقامة المفاعلات النووية » .

وفــى حقيقة الأمر فإن ماذهب إليه المشرع المصرى فى قانون رقم ٩ لســنة ١٩٩٧ من جواز التحكيم فى العقود الإدارية دون أن يستتبع ذلك تحديد نطاق موضوعى لتطبيقه أمر قد يؤدى إلى إهدار مصالح عليا للدولة.

فالتحكــيم مهمــا قيل عن مميزاته ، فإنه فى نطاق العقود الإدارية الدولــية يضــع المــنازعة فــى جل الحالات – إن لم يكن كلها – بين يدى محكمين أجانب يطبقون قانوناً أجنبياً . وهو يصبح أكثر خطراً عندما يتعلق الأمــر بعقود تتصل باستغلال الثروات الطبيعية أو عقود الامتياز التى تتعلق بهــا والتى قد تمتد سنين عدداً وتنصرف آثارها إلى أجيال مقبلة . أو عقود تمــس الأمــن القومــى مثل عقود التنمية ونقل التكنولوجيا . ففى كل هذه الأحوال يعتبر اللجوء إلى التحكيم خطراً لا يتناسب مع الفائدة التى يمكن أن ترجى منه .

ذلــك أنه إذا كان التحكيم يستهدف تشجيع الاستثمار ، فلا يمكن أن يكــون ذلك على حساب المصالح الوطنية العليا . هذا مع الأخذ فى الاعتبار

أن نصـيب دول العـالم الثالث ومنها مصر من الاستثمارات الأجنبية مازال ضـئيلاً جـداً . وهـو أمر معروف رغم عدم وجود الإحصاءات الرسمية . وعلـى الجانـب الآخـر فـإن الدول العربية ، وفى مقدمتها مصر أصبحت تسرف فى استخدام التحكيم كوسيلة لفض منازعاتها .

فقـد ورد فـى إحدى دراسات تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس فيما يتعلق بتحكيم الأطراف العربية . أنه فى عامى ١٩٨٤ ، ١٩٨٦ مثلث الأطـراف العربية ما يقرب من ١٤ % من عملائها من أصل ٣٠ % قدمها العالم الثالث (أفريقيا – أسيا – أمريكا اللاتينية) وفى المدة من سنة ١٩٨١ إلى سنة ١٩٩٠ بلغ إجمالى القضايا المصرية المرفوعة أمام غرفة التجارة الدولـية بـباريس ١٤٣ قضية تقف مصر فى ٤٢ منها فى مركز المدعى بيـنما تقف فى ١٠١ منها فى مركز المدعى عليها . كما توجد لمصر ١٦ قضـية أخـرى أمام البنك الدولى لتسوية منازعات الاستثمار بالإضافة إلى ٣٢ قضية أمام مركز القاهرة للتحكيم الإقليمى لتصل قيمة الأموال المتنازع عليها مليار دولار على الأقل[١].

ولا يقـدح فـى هذا النظر ما استحدثه القانون من ضرورة موافقة الوزيـر المخـتص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامـة . مـع تقرير عدم جواز التفويض فى ذلك . فذاك نراه قيداً ضعيفاً

---

(١) محمد بجاوى : العالم العربى فى تحكيم غرفة التجارة الدولية – نشرة هيئة التحكيم الـتابعة لغرفة التجارة الدولية – مايو ١٩٩٢ – مجلد رقم ٣ – ١ص٨ . وانظر تعلـيقات وتحليلاً لهذه الإحصائيات :ناريمان عبد القادر : اتفاق التحكيم – المرجع السـابق ، ص١٠٧ . هدى مجدى عبد الرحمن : دور المحكم فى خصومة التحكيم – المرجع السابق ، ص٣ .

وكـــان أحـــرى بالمشـــرع المصرى أن يستشعر خطورة التحكيم فى بعض العقود الإدارية . ويعمل على إحاطته بضمانات تعزز من قدرة الدولة كطرف أساسى فى هذه العقود .

وحقـــيقة الأمـــر نـــرى أن المشرع المصرى قد أهدر فرصة كبيرة أتيحـــت لتنظيم التحكيم فى العقود الإدارية وذلك عند تدخله بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ . وكان يمكن له أن يحيط العقود الإدارية بضمانات أكثر جدية منها :

أولاً : اشـــتراط صدور قرار من مجلس الوزراء بالنسبة للعقود التى تتصـــل بالتنمية ونقل التكنولوجية أو استغلال الثروات الطبيعية وغيرها من العقـــود الـــتى تـــتعلق بمصالح الدولة العليا أو الأمن القومى . وتلك أمور موضـــوعية تتضـــح من مطالعة بنود العقد وشروطه عند إبرامه . نحن لا نقـــول بحظـــر التحكيم فى مثل هذه العقود ولكن تنظيم ضمانات جدية لعدم إســـاءة اســـتخدام التحكـــيم فى مثل هذه العقود[1]. وتعتبر موافقة مجلس الوزراء أقل ما يمكن تتطلبه فى هذا المجال .

وفـــى القـــانون الفرنسى تشترط المادة ٢٠٦٠ صدور مرسوم من مجلس الوزراء موقعاً عليه من وزير المالية والوزير المختص يقر التحكيم فى عقود الدولة والعقود الدولية والتى تعتبر ذات نفع قومى .

ثانياً : عرفـــنا أن للتحكيم صورتان الشرط- CLAUSE COM PROMISSOIRE وهو قد يرد فى ذات العقد مصدر الرابطة القانونية ،

---

(١) فـــى شهر مايو ١٩٩٢ خسرت مصر قضية هضبة الأهرام وواجهت مطالبات بدفع ٢٧,٦ مليون دولار .

أو يكون فى وثيقة مستقلة عنه . غير أنه يكون فى كل الأحوال سابق على قيام النزاع .

- أما مشارطة التحكيم COMPROMIS فهى اتفاقيات لاحقة على قيام النزاع . وعلى ذلك فإن شرط التحكيم يتعلق بنزاع محتمل إنما مشارطة التحكيم تواجه نزاعاً قائماً .

وإذا كان شرط التحكيم هو الأكثر شيوعاً وتطبيقاً فى العمل ، إلا أننا نرى أن مشارطة التحكيم أكثر ملاءمة من شرط التحكيم بالنسبة للعقود الإدارية . ذلك أن إبرام مشارطة التحكيم يكون بعد وقوع النزاع . فيكون عقد التحكيم أكثر انضباطاً نظراً لمواجهته نزاعاً قائماً فعلاً . بخلاف شرط التحكيم الذى يواجه نزاعاً محتملاً لم تتحدد معالمه بعد .

وهو الأمر الذى تنص عليه المادة ٢٠٦٠ من القانون المدنى الفرنسى حيث أنها أجازت التحكيم عبر مشارطة التحكيم وذلك لتصفية نفقات عقود الأشغال العامة وعقود التوريد.

المطلب الثانى

شروط تطبيق القانون ٩ لسنة ١٩٩٧

نص القانون على شرطين لجواز التحكيم فى العقود الإدارية وهما شرطان يتصلان بالجهة التى تأذن بالتحكيم فى العقود الإدارية .

الشرط الأول : موافقة الوزير المختص أو من يقوم مقامه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة .

الشرط الثانى : عدم جواز التفويض فى ذلك .

الشـرط الأول : موافقـة الوزيـر المختص أو مـن يقـوم مقامـه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة :

ووفقـاً لهذا الشرط فإنه لا يجوز لأى جهة حكومية أن تضمن العقد شـرطاً أو مشارطة تحكيم إلا بموافقة الوزير المختص . ومن المفترض أن الوزيـر المخـتص يراجع مشروع العقد قبل إبرامه ثم بعد ذلك يرخص فى اللجوء إلى التحكيم .

وبررت المذكرة الإيضاحية للقانون اشتراط موافقة الوزير المختص علـى تضـمين العقـد شرط التحكيم « .. لاستعمالها وضماناً لوفاء اتفاق التحكـيم عندئذ باعتبارات الصالح العام وبحيث يكون المرد فى هذا الشأن للوزيـر المخـتص أو مـن يمارس اختصاصاته فى الأشخاص الاعتبارية العامة»[١].

ومـن الواضـح أن هـذا التعديل الذى أتى به القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ كـان اسـتجابة لفتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع الصـادرة بجلستها المنعقدة بتاريخ ١٩٩٦/١٢/١٨ ، والتى جاء بها « .. وأن شـمول هذا التحكيم أو عدم شموله لمنازعات العقود الإدارية لا يتعلق فقـط بمـا إذا كان قانون التحكيم يسع هذه العقود أو لا يسعها إنما يتعلق أيضاً بصحة شرط التحكيم من حيث توافر كمال أهلية إبرامه لمن يبرمه فى شأن غيره أو ما لغيره ، والأصل – عند عدم النص – عدم صحة ما يجريه الشـخص فـى شـأن غيره وماله وأنه إذا كان شرط التحكيم فى منازعات العقـود الخاصة لا يصح لناقص الأهلية إلا باكتماله وصيا ومحكمة فإنه فى

---

(١) انظـر مضـبطة مجلس الشعب – الفصل التشريعى السابع – دور الإنعقاد العادى الثانى ، الجلسة الستين – الأربعاء ٢٣ أبريل ١٩٩٧ ، ص١٨ .

منازعات العقود الإدارية لا يصح هذا الشرط إلا باكتمال الإرادة المعبرة عن كمـال الولايـة هـنا بعمـل تشريعى يجيز شرط التحكيم فى العقد الإدارى بضـوابط محددة وقواعد منظمة أو بتفويض جهة عامة ذات شأن للإذن بها فـى أيـة حالـة مخصوصة وذلك بمراعاة خطر هذا الشرط فلا تقوم مطلق الإباحة لأى هيئة عامة أو وحدة إدارية أو غير ذلك من أشخاص القانون العام[1].

وفى الحقيقة ، فإن اشتراط موافقة الوزير أو من يتولى اختصاصه بالنسـبة للأشخاص الاعتبارية العامة قد يكون كافياً بالنسبة لبعض العقود الإدارية ولكنه ليس كافياً بالنسبة الأخر والتى تتصل باستغلال موارد الدولة الطبيعـية أو عقـود الإمتياز المتعلقة بها وعقود التنمية ونقل التكنولوجيا وغـيرها من العقود التى تتصل بالمصالح العليا للدولة والتى كان يجب أن يشترط لإدراج شرط التحكيم فيها موافقة مجلس الوزراء ذلك أدعى للحيطة وضبطاً لممارسة التحكيم فى منازعات العقود الإدارية .

الشـرط الـثانى : لا يجـوز للوزيـر أو مـن يـتولى اختصاصـه بالنسـبة للأشـخاص الاعتبارية العامة التفويض فى ممارسة اختصاصه بالموافقة على التحكيم فى العقود الإدارية .

مـنع القـانون ٩ لسـنة ١٩٩٧ الوزيـر أو من يتولى اختصاصه بالنسـبة للأشـخاص الاعتـبارية العامـة أن يفـوض غيره فى ممارسة اختصاصـه بالموافقة على التحكيم فى العقود الإدارية ، سواء تمثل ذلك فى شرط أو مشارطة تحكيم .

وعـدم الـتفويض فى مثل هذا الاختصاص مرده من ناحية أولى :

---

(١) فتوى الجمعية العمومية بتاريخ ١٩٩٦/١٢/١٨ .

أهمـــية العقـــود الإداريـــة وخطورة شرط التحكيم فيها بحيث تكون موافقة الوزيـــر على إدارج شرط التحكيم فى هذا العقد ضمانة لعدم إساءة استخدام التحكـــيم فـــى العقـــود الإداريـــة نظراً لما يستتبعه ذلك من استبعاد تطبيق القـــانون الوطـــنى والإلتجاء إلى هيئة تحكيم عوضاً عن اللجوء إلى قضاء الدولة المختص.

ومـــن ناحية ثانية : فإن عدم التفويض يعنى حصر المسئولية عن تضـــمين العقد شرط أو مشارطة تحكيم فى الوزير المختص أو من يمارس اختصاصـــاته بالنســـبة للأشخاص الاعتبارية العامة . ولا سيما المسئولية السياسية وذلك عند إساءة ممارسة هذا الاختصاص بصورة تمس المصالح العليا للدولة[١].

تلـــك هـــى الشروط التى يتطلبها القانون ٩ لسنة ١٩٩٧ لخضوع العقـــود الإداريـــة للتحكـــيم على أنه ثمة شرط آخر يجب إعماله بجوار ما يتطلبه هذا القانون .

وهذا الشرط تنص عليه المادة ٥٨ من القرار بقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشـــأن مجلـــس الدولـــة ، ويقتضـــى هذا الشرط ضرورة أخذ رأى

---

(١) يقضـــى المـــبدأ العام أنه لا يجوز التفويض فى ممارسة الاختصاص إلا بناء على قانون يجيز التفويض . فصاحب الاختصاص ملزم بأن يمارس اختصاصه بنفسه ، وذلك لأن الاختصاص ليس حقاً لصاحبه بل وظيفة يمارسها من يراه القانون أهلاً لذلك .

راجـــع الـــتفويض الإدارى :- محمود إبراهيم الوالى : نظرية التفويض الإدارى ، دراســـة مقارنـــة ١٩٧٩ ، الطبعة الأولى - دار الفكر العربى . - سليمان محمد الطماوى : الوجيز فى القانون الإدارى - دراسة مقارنة ١٩٨٩ ، ص٥٨ .

الجمعـية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع عند إبرام عقد إدارى يتضمن شـرطاً أو مشـارطة تحكـيم إذا كانت قيمة هذا العقد تتجاوز خمسة آلاف جنـيهاً . وبذلك تقضى المادة ٥٨ فى فقرتها الثالثة بنصها على ما يلى «ولا يجـوز لأية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تقـبل أو تجـيز أى عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين فى مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء الإدارة المختصة » .

وطـبقاً لهذا النص فإن الوزارات أو الهيئات العامة أو أى مصلحة مـن مصـالح الدولة ملزمة بأن تستفتى إدارة الفتوى المختصة عند قيامها بـأى نشاط مما ذكرته الفقرة الثالثة من المادة ٥٨ سالفة الذكر ومن بينها الإتفاق على التحكيم . على أنها غير ملزمة بإتباع الرأى الذى تفتى به هذه الإدارة فهو رأى غير ملزم للإدارة[١].

---

(١) مصطفى أبو زيد فهمى : فى القضاء الإدارى ومجلس الدولة – المرافعات الإدارية، منشأة المعارف ، ص٧٥ .

الفصل الثالث

آثار التحكيم فى العقود الإدارية

يتمـــثل التحكـــيم أسلوباً لفض المنازعات ، ملزم لأطرافها . وينبنى على اختيار أطراف المنازعة أفراداً عاديين للفصل فى منازعاتهم .

وعلـــى ذلـــك فـــإن نظام التحكيم أساسه إرادة أطراف النزاع ، فهم الذيـــن يفضـــلونه علـــى قضاء الدولة ، وهم الذين يحددون عدد المحكمين ويســـمونهم إن شـــاءوا ويعيـــنون مكان التحكيم وإجراءاته والقواعد التى يخضـــع لهـــا . وعلى ذلك فإن التحكيم يقتضى فى غالب الأمر ولا سيما فى العقود الدولية التى يكون طرفها أجنبياً أمران :

الأمـر الأول : اســتبعاد قضـــاء الدولة والاستعاضة عنه بهيئة تحكيم يختارها الأطراف ويعهدون إليها ببعض المنازعات التى تنشأ بينهم .

الأمـر الـثانى : اســتبعاد تطبيق القانون الوطنى على النزاع واختيار قانون أجنبى لتطبيقه على العقد .

ونظـــرية العقـــود الإدارية ككل نظريات القانون الإدارى سواء فى فرنسا أو فى مصر هى نظرية قضائية فى المقام الأول . وإن كان هذا الأمر لم يمنع من تدخل المشرع لتنظيم جانب أو أكثر من جوانب العقود الإدارية، أو عقد إدارى معين .

ويترتـــب على ذلك .. خضوع العقود الإدارية لنظام قانونى وقضائى مختلف عن النظام القانونى والقضائى الذى تخضع له العقود المدنية .

وعلى ذلك فخضوع العقد الإدارى لنظام قانونى لا يعتد بنظرية العقد

الإدارى كمـــا هـــى معروفة فى فرنسا ومصر والدول التى تأخذ بهذا النظام يؤثر على طبيعته ومركز الإدارة فيه.

ومما سبق يتضح أن التحكيم قد لا تتفق معطياته مع خصائص العقد الإدارى والـــنظام القضائى والقانونى الذى يحكمه . فتضمين العقد الإدارى شـــرط التحكـــيم يؤثر على خصائص هذا العقد وعلى النظام القانونى الذى يحكمه .

ومـــن الواضـــح أن خضوع العقد الإدارى للتحكيم يؤثر على معيار تميـــيز العقـــد الإدارى . فالإدارة قد تبرم نوعين من العقود ، عقوداً مدنية وعقوداً إدارية . والعقود الإدارية لا تكفى أن تكون جهة الإدارة طرفاً فيها. وإنمـــا يجب علاوة على ذلك أن يتصل العقد بنشاط مرفق عام وأن تضمنه الإدارة حيـــن إبـــرامه شـــروطاً غير مألوفة استثنائية تجعل للإدارة مركزاً متمـــيزاً عن مركز المتعاقد معها . ومرد ذلك بطبيعة الحال تحقيق المصلحة العامة .

ولمـــا كـــان التحكـــيم اســـلوباً لفض المنازعات ، ينبنى على إرادة الأطـــراف فهم الذين يختارونه ، ويحددون الإجراءات التى يجب على هيئة التحكـــيم إتـــباعها حيـــن الفصل فى المنازعة ، فإن التساؤل يثور عن أثر التحكيم على المعيار المميز للعقد الإدارى من حيث اتصاله بمرفق عام ومن حيث قدرة الإدارة على تضمين العقد الشروط الاستثنائية .

فـــإذا كانـــت الإدارة تستطيع أن تضمن عقودها شروطاً غير مألوفة فـــى عقـــود الأفراد فى القانون المدنى ، وبها تكون الإدارة فى مركز متميز عن مركز الأفراد . فإن مرد ذلك هو اتصال العقد الإدارى بنشاط مرفق عام أساســـاً يســـتهدف إشباع حاجة عامة وتحقيق مصلحة عامة . فإنه يخضع

لمبادئ حاكمة لنشاطه أهمها دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد . هذا المبدأ يقتضى أن يحتوى العقد من الشروط ما يضمن قيام المرفق بأداء الخدمة بانتظام واطراد.

على أن خضوع العقد الإدارى للتحكيم يصعب معه التسليم بذلك إلا إذا خضع العقد لنظام قضائى يمايز العقد الإدارى من العقد المدنى . فكما هو معروف ليست كل النظم القانونية تعرف هذا التمايز .

وعلى ذلك فخضوع العقد الإدارى لنظام قانونى لا يعتد بنظرية العقد الإدارى كما هى معروفة فى فرنسا ومصر والدول التى تأخذ بهذا النظام يؤثر على طبيعته ومركز الإدارة فيه.

وإذا كان التحكيم الداخلى قد يحفظ للعقد الإدارى خضوعه للنظام القانونى المصرى . ومن ثم يستصحب معه القواعد الموضوعية على المنازعة الإدارية ، ففى مثل هذه الحالات يمكن الحفاظ على خصائص العقد الإدارى مع وجود شرط التحكيم . ففى التحكيم الداخلى فى غالب الأحيان يكون الغرض من التحكيم استبعاد الاختصاص القضائى توخياً للسرعة فى فصل المنازعات دون أن يستتبع ذلك بالضرورة استبعاد القواعد الموضوعية التى تطبق على العقد . وهو التحكيم الذى أجازته الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بفتواها بجلسة ١٩٩٣/٢/٧ قبل إصدار قانون التحكيم الجديد[1].

أما عند خضوع العقد الإدارى للتحكيم الدولى ، وخضوعه لنظام قانونى وقضائى لا يعرف التمييز بين العقد المدنى والعقد الإدارى ، فإن

---

(١) راجع ما سبق ص : ٧٢ .

ذلــك يســتتبع أن تتجرد الإدارة من سلطاتها التى تكون لها بمقتضى العقد الإدارى ويفقــد شرطاً مهماً من الشروط التى تميزه . ومن ثم يؤدى بالعقد أن تــتحول طبيعته إلى عقد مدنى ، وذلك ما لم تشترط الإدارة صراحة فى العقــد تضمينه الشروط الاستثنائية أيا كان النظام القانونى الذى يخضع له العقد . وهو أمر غير متاح فى أغلب الأحيان وذلك لحرص المتعاقد الأجنبى أن ينأى بنفسه وبالعقد عن النظام القانونى والقضائى الوطنى . وعلى ذلك فــإن خضــوع العقد الإدارى للتحكيم على هذه الصورة يؤدى إلى هدم لأهم عناصــر نظرية العقد الإدارى كما شادها مجلس الدولة سواء فى فرنسا أو فــى مصر ولعل هذه النتيجة تفسر لنا تشدد القضاء الإدارى وعدم تسامحه تجــاه إدراج شرط التحكيم فى العقود الإدارية إلا إذا نص المشرع على ذلك صراحة .

الباب الرابع

آثار العقد الإدارى



الفصل الأول

التزامات المتعاقد مع الإدارة
وسلطات الإدارة فى مواجهته

يلـــتزم المـــتعاقد مع الإدارة بتنفيذ الالتزامات التى نص عليها العقد وفقـــاً لما اتفق عليه . وهو ما قضت به المحكمة الإدارية العليا فى حكمها بـــتاريخ ١٩٩٥/٥/١٦ « ... ومـــن حيث أن قضاء هذه المحكمة قد استقر علـــى حقـــوق المتعاقد مع جهة الإدارة والتزاماته إنما تحدد طبقا لنصوص العقـــد ، مـــن ثم فإن النص الذى يتحدد باتفاق المتعاقدين فى العقد الإدارى يقـــيد طرفيه كأصل عام ويصبح واجب التنفيذ ويمتنع الخروج عليه ، مرد ذلـــك إلـــى أن ما اتفق عليه طرفا التعاقد هو شريعتهما التى تلاقت عندها إرادتهما ورتب على أساسها كل منهما حقوقه والتزاماته»[١] .

وعلى ذلك فإن محور التزامات المتعاقد مع الإدارة تدور حول تنفيذ التزاماته بصفة شخصية وفقا لما نص عليه العقد المبرم بينه وبين الإدارة. وما تنص عليه القوانين واللوائح . وذلك كما يلى :

---

(١) المحكمـــة الإداريـــة العليا : الطعن رقم ٢٣٤٠ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٩٥/٥/١٦ الموسوعة الإدارية الحديثة الجزء ٤٩ ص١٥٣ .

المبحث الأول

التزام المتعاقد بتنفيذ التزاماته شخصيا

كمـــا سبق؛ ورأينا فإن اختيار المتعاقد مع الإدارة يخضع لإجراءات محـــددة ومنظمة وذلك لارتباط العقد الإدارى بنشاط مرفق عام ، وعلى ذلك فإن اختيار المتعاقد مع الإدارة يبنى أساساً على الاعتبار الشخصى ومن ثم يجـــب أن يقـــوم المـــتعاقد شخصياً بتنفيذ الالتزامات التى تنتج عن العقد . والـــتزام المـــتعاقد بتنفـــيذ التزاماته بنفسه التزام عام يشمل جميع العقود الإداريـــة . علـــى أن ذلك قد يختلف فى مدى الالتزام به من عقد إلى أخر . ففـــى عقـــد الالـــتزام يكـــون تطبيق هذا الالتزام بصورة كاملة وذلك ناتج – بطبـــيعة الحال – من الصلة المباشرة بين المرفق والملتزم والتى تضمن له الهيمنة الكاملة على المرفق .

وفـــى ذلك تذهب محكمة القضاء الإدارى إلى «أن العقد المبرم بين المدعـــى والحكومة هو من العقود الإدارية التى يحكمها قواعد عامة تطبق علـــيها جمـــيعها ولـــو لم ينص عليها العقد ومن هذه القواعد أن التزامات المـــتعاقد مـــع الإدارة التزامات شخصية ... أى أن المتعاقد يجب أن ينفذها شخصياً وبنفسه ...»[1].

وفـــى هـــذا السياق قررت المحكمة الإدارية العليا ذات المبادئ فى حكمها بتاريخ ١٩٦٣/١٢/٢٨ «أنه من المسلمات أن يقوم المتعاقد بنفسه بالتنفيذ فالتزامات المتعاقد مع الإدارة التزامات شخصية لا يجوز له أن يحل

---

(١) محكمة القضاء الإدارى بتاريخ ٢٧ يناير ١٩٥٧ س١١ ص١٧٤ .

غيره فيها أو يتعاقد بشأنها من الباطن ..»[1] .

وفـي حكم أخر لها بتاريخ ١٩٨٥/٦/٢٥ ذهبت إلى أن «... تنازل المقـاول عـن العقد دون موافقة الجهة الإدارية يصم التنازل بالبطلان ولا يحتج به فى مواجهة الجهة الإدارية فلا تنشأ بين المتعاقد من الباطن وبين جهـة الإدارة أى علاقة تعاقدية تخول له المطالبة بأى حقوق شخصية قبل الإدارة ...» [2] .

ويترتب على ضرورة التزام المتعاقد شخصياً الالتزامات التى تترتب على العقد الإدارى بيان حكم القانون فى بعض المسائل كما يلى:

١- التعاقد من الباطن والنزول عن العقد .

٢- موت المتعاقد .

٣- إفلاس المتعاقد أو إعساره .

أولاً : التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن :

الأصل العام أنه لا يجوز للمتعاقد مع الإدارة التنازل عن العقد . ولا يجوز له أن يحل غيره محله فى تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد كلها أو بعضـها . وهـذه القاعدة منصوص عليها تشريعياً فى مصر فى المادة ٧٦ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على أنه « لا يجوز للمتعاقد النزول عن العقد أو عن المبالغ المستحقة له كلها أو بعضها ومـع ذلـك يجـوز أن يتنازل عن تلك المبالغ لأحد البنوك ويكتفى فى هذه الحالـة بتصديق البنك دون الإخلال بمسئولية المتعاقد عن تنفيذ العقد ، كما

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا - ١٩٦٣/١٢/٢٨ المجموعة ٩ ص٣٢٤ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم ١٩٤ س٢٩ ق.ع جلسة ١٩٨٥/٦/٢٥.

لا يخــل قبول نزوله عن المبلغ المستحق له بما يكون للجهة الإدارية قبله من حقوق» .

ومــرد ذلــك كمــا ســبق أن اختيار الإدارة للمتعاقد معها يخضع لاعتــبارات شخصية تتعلق بمدى مقدرته المالية أو كفاءته الفنية أو حسن سمعته . ولذلك فإن تنازله عن العقد لغيره يخل بهذه الاعتبارات .

ولقد كانت المادة ٨٣ من لائحة المناقصات رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ تجيز تنازل المتعاقد مع الإدارة عن العقد لشخص آخر بموافقة الإدارة .وقد قضــت محكمة القضاء الإداري فى حكمها السابق الإشارة إليه بتاريخ ٢٧ يــناير ١٩٥٧ على أن «.. لا يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يحل غيره (فى تنفــيذ التزاماته) أو يتعاقد بشأنها من الباطن إلا بموافقة الإدارة فإذا حصل التــنازل عــن العقــد الإدارى بدون موافقة الإدارة فإن التنازل يعتبر باطلا بطلانا يتعلق بالنظام العام ويكون خطأ من جانب المتعاقد يترتب عليه توقيع الجزاءات المنصوص عليها فى العقد أو إلغاؤه اعتباراً بأن الخطأ جسيم» .

ولــم تتضمن اللائحة التنفيذية للقانون الملغى رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ أو القــانون الجديد رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ هذا الحكم ، ومن ثم فإنه لا يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يتنازل كليا عن تنفيذ العقد لغيره .

وفــى حكمها بتاريخ ١٩٩٧/١١/٢٥ قررت المحكمة الإدارية العليا بأنــه «... وأن الإدارة تملــك فســخ العقد الإدارى إذا ما ثبت لديها تنازل المــتعاقد معها عن العقد لفترة إذ لا يجوز للمتعاقد أن يحل غيره فى تنفيذ الــتزاماته أو أن يتعاقد بشأنها من الباطن بحيث إذا حصل التنازل عن العقد الإدارى اعتبر باطلا بطلانا مطلقا لتعلقه بالنظام العام ويكون خطأ من جانب المــتعاقد يترتب عليه توقيع جزاء الفسخ بما يؤكد ذلك أن اللائحة التنفيذية

للقـــانون رقـــم ٩ لسنة ١٩٨٣ على خلاف اللائحة الملغاة لم تمنح الإدارة ســـلطة تقديـــرية بالموافقة أو عدم الموافقة على تنازل المتعاقد مع الإدارة عـــن تنفيذ الأعمال المتعاقد عليها لفترة أو تعاقد مع أخر من الباطن لتنفيذ العقد الإداري[١] .

واستقر القضاء الإدارى فى مصر على أن تنازل المتعاقد عن عقده يمـــثل خطـــأ جسيما يبرر للإدارة أن تفسخ العقد ففى حكمها أقرت محكمة القضاء الإدارى بتاريخ ١٠ نوفمبر ١٩٥٧حق الإدارة فى فسخ العقد بينها وبيـــن المتعاقد الذى تنازل لغيره عن العقد . وفى حكم لها بتاريخ ٣٠يونيه ١٩٦٠ قـــررت أن «إقدام المدعى على التعاقد مع الجهة الإدارية ثم تخليه فعلاً عن التزامه وحقوق للسيد .. المحروم من دخول مناقصات الوزارة يعد مـــن قبـــيل الغش والتلاعب فى نطاق العقد الإدارى على الإطلاق مما يفسخ العقد تلقائيا بغير إنذار ومما يبرر حرمان المدعى من دخول المناقصات»[٢].

وذهبـــت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع إلى أن فبينما تكون مصالح الطرفين فى العقود المدنية متساوية إذ بها فى العقود الإدارية غير متكافئة إذ يعلو فيها الصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة وهذه الفكـــرة هى التى أملت الأصل المقرر فى تنفيذ العقود الإدارية وفحواه عدم جواز تنازل المتعاقد مع الجهة الإدارية مجالاً للوساطات والمضاربات»[٣] .

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٣٥٩٦ لسنة ٣٦ ق.ع جلسة ١٩٩٧/١١/٢٥.

(٢) محكمة القضاء الإدارى : بتاريخ ٣٠ يونيه ١٩٦٠ س١٤ ص٦٩ .

(٣) الجمعـــية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع : فتوى ملف رقم ٣٣٥/١/٥٤ جلسة ١٩٩٦/١٠/٢٣ . مشـــار إلـــيه فـــى محمد ماهر أبو العينين – العقود الإدارية – المرجع السابق – ص٨٢ .

أمـــا عن التعاقد من الباطن فيعنى أن المتعاقد مع الإدارة يتفق مع الغـــير لتنفـــيذ جزء من التزاماته الناتجة عن العقد الإدارى . وعلى خلاف التنازل عن العقد ، فإن التعاقد من الباطن لم ينظم فى قانون المناقصات أو لائحـــته التنفـــيذية ومن ثم فإنه كأصل عام يكون مشروعاً بشرط أن توافق عليه جهة الإدارة .

والتعاقد من الباطن أمر مألوف خاصة إذا كان موضوع العقد يشمل أعمالاً متباينة كعقود الأشغال التى تتضمن بناء عقارات وتجهيزها .

وموافقـــة الإدارة على التعاقد من الباطن لا يتطلب فيها شكل معين فقد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً على أن موافقة الإدارة على التعاقد من الباطـــن لا يترتـــب عليه أن يصبح المتعاقد من الباطن متعاقداً مع الإدارة ، وإنمـــا هذه الموافقة تجعل هذا التعاقد مشروعاً .ويبقى المتعاقد الأصلى هو المســـئول أمام الإدارة عن تنفيذ العقد حسب ما اتفق عليه وما تنص عليه القوانين واللوائح المعمول بها .

علـــى أنـــه لا يعد من قبيل التعاقد من الباطن ما يبرمه المتعاقد مع الإدارة مـــن اتفاقيات أو صفقات للحصول على المواد الأولية اللازمة لتنفيذ العقد .

وممـــا هـــو جدير بالذكر أن الصور الحديثة لبعض العقود الإدارية الكبـــيرة مـــثل عقود الإنشاءات بنظام تسليم المفتاح وعقود البوت وغيرها والـــتى يلتزم فيها المتعاقد مع جهة الإدارة فى إطار منظومة عقدية متعددة الجوانـــب تســـتلزم مـــنه ضرورة التعاقد من الباطن مع مقاولين وموردين لتنفيذ العقد الإدارى فى مثل هذه الحالات نرى أنه مما يحقق مصلحة الإدارة يقـــوى ضمانات تنفيذ العقد أن تعترف وتقر الجهة الإدارية بالمتعاقدين من

الباطن بل ويمكن لها أن تشترط سبق موافقتها عليهم . وهو الأمر يستدعى تغيير مجلس الدولة لاتجاهات المتشددة فى هذا النطاق .

ويترتب على مخالفة المتعاقد لأحكام التنازل عن العقد أو تعاقده من الباطن بغير موافقة الإدارة عدة أمور أهمها كما يلى :

١- أن هـذا التنازل أو التعاقد يعتبر خطأ جسيماً يبرر للإدارة فسخ العقد وتوقيع ما تراه من الجزاءات التى تتناسب مع ذلك .

٢- إن هـذا التـنازل أو التعاقد من الباطن بغير موافقة الإدارة فى الحالـة الأخيرة لا يمكن أن يحتج فيه فى مواجهة الإدارة فلا المتنازل إليه ولا المـتعاقد مـن الباطن بينه وبين الإدارة أية علاقة يمكن الاحتجاج بها لإثـبات حـق أو الوفاء بالتزام . وفى هذه الحالة يبقى المتعاقد الأصلى مع الإدارة مسئولاً فى مواجهتها كما لو كان هذا التنازل أو التعاقد لم يكن .

على أن هذا لا يمنع المتنازل إليه أو المتعاقد من الباطن أن يطالب الإدارة بـتعويض عمـا تكـبده فى تنفيذ العقد بناء على نظرية الإثراء بلا سبب. على الرغم من عدم وجود رابطة عقدية بينه وبين الإدارة .

ثانياً : موت المتعاقد مع الإدارة :

إعمـالاً للاعتـبارات الشخصـية التى تحكم اختيار الإدارة للمتعاقد معها. فإن وفاة هذا المتعاقد يؤدى إلى إنهاء العقد . هذه هى القاعدة العامة التى يطبقها مجلس الدولة الفرنسى فى أحكامه .

علـى أنـه يجوز أن ينتقل العقد إلى الورثة إذا رأت الإدارة ذلك أو وافقت عليه .

وذهـب رأى فى الفقه الفرنسى إلى أن العقد ينتقل إلى الورثة دون

حاجة لموافقة الإدارة ما لم ينص العقد على خلاف ذلك[١].

على أن الأمر فى مصر مختلف فقد واجه المشرع هذه الحالة بنص المادة ٧٧ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ « إذا توفـى المتعاقد جاز للجهة الإدارية فسخ العقد مع رد التأمين إذا لم تكن لهـا مطالـبات قـبل المتعاقد أو السماح للورثة بالاستمرار فى تنفيذ العقد بشـرط أن يعيـنوا عنهم وكيلا بتوكيل مصدق على التوقيعات فيه وتوافق عليه السلطة المختصة .

وإذا كـان العقـد مـبرماً مع أكثر من متعاقد وتوفى أحدهم فيكون للجهـة الإداريـة الحـق فـى إنهـاء العقد مع رد التأمين أو مطالبة باقى المتعاقدين بالاستمرار فى تنفيذه . ويحصل إنهاء فى جميع الحالات بموجب كـتاب موصى عليه بعلم الوصول دون حاجة إلى اتخاذ أية إجراءات أخرى أو الالتجاء إلى القضاء .

وعلـى ذلك فإنه وفقا لأحكام هذه المادة فإن الإدارة هى التى تقرر إما فسخ العقد أو استمرار الورثة فى تنفيذه . وفقا لما تستلزمه هذه المادة من إجراءات .

ثالثاً : إفلاس المتعاقد أو إعساره :

إذا أفلس المتعاقد أو أعسر ، فإن ذلك لم يكن ليؤدى إلى فسخ العقد بقـوة القانون فى فرنسا وإنما كانت الإدارة بالخيار بين أن يستمر المتعاقد معها فى تنفيذ العقد على الرغم من إفلاسه أو إعساره وبين أن تفسخ العقد – على أنه بصدور قانون ١٣ يوليو ١٩٦٧ يجوز لوكيل الدائنين أن يطلب

---

(١) De laubadére, op. cit., p. 50 .

الاســتمرار فــى تنفيذ العقد وللإدارة أن تقدر إما الاستجابة لهذا الطلب أو فسخ العقد تحقيقا للمصلحة العامة .

والأمــر أيضا مختلف فى القانون المصرى إذ نصت المادة ٢٤ من القــانون رقــم ٨٩ لســنة ١٩٩٨ علــى أن إفلاس المتعاقد مع الإدارة أو إعساره يعد سبباً موجباً لفسخ العقد تلقائيا . فقد نصت على أن يفسخ العقد تلقائيا فى الحالتين الآتيين :

ب- إذا أفلس المتعاقد أو أعسر ..»[١].

المبحث الثانى

سلطات الإدارة فى مواجهة المتعاقد

لعــل مــن أهــم ما يميز العقد الإدارى عن العقد المدنى هو مركز الإدارة فــيه . فهــى فى العقد الإدارى تتمتع بسلطات لا نجد لها مثيلاً فى عقود القانون الخاص . ويبرر ذلك دائما بمقتضيات الصالح العام وضرورة سير المرفق العام بانتظام وإطراد .

وتتمثل هذه السلطات فيما يلى :

أولاً : حق الإدارة فى الرقابة .

ثانياً : حق الإدارة فى تعديل العقد .

ثالثاً : حق الإدارة فى توقيع جزاءات متنوعة على المتعاقد .

هذه السلطات مسلم بها فى القضاء الإدارى فها هى محكمة القضاء

---

(١) laubadére , op. cit., p. 50 .

الإدارى فى حكمها بتاريخ ٣٠ يونيه ١٩٥٧ تقرر أن « القانون الإدارى .. يعطى جهة الإدارة سلطة الرقابة على تنفيذ العقد . وسلطة توقيع الجزاءات علـــى المـــتعاقد معهـــا إذا أخل بالتزاماته ثم سلطة تعديل العقد من جانبها وحدهـــا بـــل إن لها حق إنهاء العقد إذا رأت – حسب مقتضيات المصلحة العامـــة أن تنفـــيذ العقـــد أصـــبح غير ضرورى وهى تتمتع بهذه الحقوق والسلطات حتى ولو لم ينص عليها فى العقد لأنها تتعلق بالنظام العام»[1].

وهـــو مـــا أكدتـــه المحكمة الإدارية العليا فى أحكامها . ومن ذلك حكمهـــا بتاريخ ٢ مارس ١٩٦٨ إذ قضت أن « .. للإدارة سلطة الإشراف والتوجـــيه علـــى تنفيذ العقود الإدارية ، ولها دائما حق تغيير شروط العقد وإضـــافة شروط جديدة بما قد يتراءى لها أنه أكثر اتفاقا مع الصالح العام دون أن يحتج الطرف الآخر بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين ، كما يترتب علـــيها كذلك أن للإدارة سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا هو ما يقتضيه الصالح العام»[2].

وعلى ذلك فإن سلطات الإدارة تتميز بما يلى :

١ – إنها من النظام العام فلا يجوز للإدارة أن تتنازل عنها أو تحجم عـــن اســـتخدامها إن توافـــرت مـــبرراتها . وكـــل اتفاق يمنع الإدارة من استخدامها أو يحجم هذا الاستخدام يكون باطلاً بطلانا مطلقاً .

٢ – إن اســـتخدام الإدارة لهـــذه الســـلطات إنما يهدف إلى تحقيق المصـــلحة العامة والتى تتمثل فى ضمان استمرار المرفق فى أداء وظائفه بانتظام وإطراد .

---

(١) محكمة القضاء الإدارى بتاريخ ١٩٥٧/٦/٣٠ – سابق الإشارة إليه .

(٢) المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ٢ مارس ١٩٦٨ س ١٣ ص٦٢٥ .

٣- إن الإدارة تستطيع اللجوء إلى هذه السلطات حتى ولو لم ينص عليها فى العقد . وفى جميع الأحوال لا يستطيع المتعاقد معها أن يدفع هذه السلطات بقاعدة القوة الملزمة للعقد أو أن العقد شريعة المتعاقدين فذاك غير صحيح بالمرة إذ أن الأمر يتعلق بعقد إدارى .

وسوف نتناول كل هذه السلطات بمزيد من التفصيل :

المطلب الأول

حق الرقابة

فالإدارة لها حق الرقابة ومتابعة المتعاقد معها فى تنفيذ العقد .

وحق الرقابة على المتعاقد قد يؤخذ بمعنى ضيق وهو يعنى مجرد التحقق من أن المتعاقد معها ينفذ العقد تنفيذا صحيحاً متفقا مع شروط العقد. وهى قد تمارس الرقابة بهذا المعنى عن طريق تعيين مندوب عنها يشرف على تنفيذ العقد ويشمل هذا الإشراف التحقق من صلاحية المواد التى ينفذ بها المتعاقد التزاماته أو تناسب معدلات التنفيذ مع المواعيد المحددة .

على أن هذا المعنى الضيق للرقابة لا يخرج على القواعد العامة فى تنفيذ العقود عموماً . ومن ثم فإن حق الرقابة الثابت للإدارة تجاه المتعاقد معها حين تنفيذ العقد يتجاوز هذا المعنى بكل تأكيد إلى معنى أوسع وأشمل. فمقتضاه تتدخل الإدارة فى التنفيذ ولها أن توجهه كما تشاء وفق المصلحة العامة . فلها أن تطالبه بتغيير طريقة التنفيذ او الإسراع من معدله أو تطلب منه الاستعانة بعمال آخرين .

وحق الإدارة فى الرقابة وإن كان ثابتا لها فى كل العقود الإدارية إلا أن مدى استعماله قد يختلف من عقد إلى آخر . فهو فى عقد الالتزام أوسع مجالاً وأرحب نطاقاً ، ومرد ذلك أن الملتزم يقوم بنفسه بإدارة المرفق ومن ثــم يحــق للإدارة أن تتدخل فى كل وقت لتغيير أسلوب الملتزم فى الإدارة وطريقة تعامله مع المنتفعين بخدمات المرفق .

ونظــراً لأهمية هذا الحق فى عقد الالتزام فقد نصت عليه المادة ٧ مــن القــانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ والمعدلة بالقانون رقم ٤٩٧ لسنة ١٩٥٤ علــى أنه «لمانح الالتزام أن يراقب إنشاء المرفق موضوع الالتزام وســيره مــن الــنواحى الفنية والإدارية والمالية وله فى سبيل ذلك تعيين مندوبيــن عنه فى مختلف الفروع والإدارات التى ينشئها الملتزم لاستغلال المــرفق ويختص هؤلاء المندوبين بدراسة تلك النواحى وتقديم تقرير بذلك لمــانح الالــتزام . ويجوز بقرار من رئيس الجمهورية – بناء على اقتراح الوزيــر مــانح الالتزام أو المشرف على الجهة مانحة الالتزام أن يعهد إلى ديــوان المحاســبة بمراقبة إنشاء المرفق وسيره من الناحية المالية أو أن يعهد بالرقابة الفنية والإدارية عليه إلى أية هيئة عامة أو خاصة. كما يجوز للوزيــر المختص أن يقرر تشكيل لجنة أو أكثر من بين موظفى وزارته أو غــيرها مــن الــوزارات والهيئات العامة لتولى أمر من أمور الرقابة على الــتزامات المرافق العامة وفى هذه الحالة يتولى ديوان المحاسبة أو الهيئة أو اللجــنة المكلفــة بالرقابة دراسة النواحى التى نيط بها رقابتها ، وتقديم تقرير بذلك إلى كل من الوزير المختص والجهة مانحة الالتزام .

وعلى الملتزم أن يقدم إلى مندوبى الجهات التى تتولى الرقابة وفقا للأحكــام السابقة كل ما قد يطلبون من معلومات أو بيانات أو إحصاءات كل

ذلـك دون الإخلال بحق مانح الالتزام فى فحص الحسابات أو التفتيش على إدارة المرفق فى أى وقت» .

أمـا فى عقود الأشغال العامة فإن هذا الحق لا يكون بهذه الصرامة كمـا هو الحال فى عقود الالتزام ولكنه أيضا مسلم وتنص عليه المادة ٧٩ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات بقولها « يلتزم المقاول باتباع جميع القوانين واللوائح الحكومية والمحلية ذات الصلة بتنفيذ موضوع التعاقد كما يكـون مسـئولاً عن حفظ النظام بموقع العمل وتنفيذ أوامر الجهة الإدارية بإبعـاد كـل من يهمل أو يرفض تنفيذ التعليمات أو يحاول الغش أو يخالف أحكام هذه الشروط .

أما فى عقود التوريد فإن حق الرقابة للإدارة يكون أضعف ، إذ من المسـلم أن الأصـل هـو حرية المتعاقد فى اختيار أسلوب التنفيذ فى هذه العقـود على أن هذا لا ينفى إمكانية استخدام الإدارة لهذا الحق إن كان له مقتضـى . فهو حق يشمل العقود الإدارية ولكن تطبيقه يختلف مداه حسب طبيعة كل عقد .

وهـو الأمـر الذى قررته المحكمة الإدارية العليا فى حكمها بتاريخ ١٩٥٧/٤/٢٠ « العقـود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع شخصى خارجى مناطه احتياجات المرفق الذى تستهدف العقود تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة فبينما تكون مصالح الطرفين فـى العقـود المدنـية مـتوازية ومتساوية إذا بها فى العقود الإدارية غير متكافئة إذا يجب أن يعلو الصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة وهذه الفكـرة هى التى تحكم الروابط الناشئة عن العقد الإدارى ويترتب على ذلك

أن للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود»[1] .

وحـــق الإدارة فـــى الرقابة لا يمتد إلى تغيير شروط التعاقد وبنوده فهو غير حقها فى تعديل العقد . وعلى ذلك فهى تستخدم هذا الحق فى إطار نصـــوص العقـــد وشروطه ولا يتجاوزها إلى فرض شروط أخرى جديدة أو تعديل شروط قائمة .

المطلب الثانى

حـــق التعديـــل

تعتـــبر ســـلطة الإدارة فى تعديل العقد الإدارى من أهم ما يميز هذه العقود عن غيرها من عقود القانون الخاص . والذى يحكمها قاعدة قانونية عتيدة تقضى بأن العقد شريعة المتعاقدين .

وســـلطة الإدارة فى تعديل العقد الإدارى ينص عليها فى العقد دائما باعتـــبارها من الشروط غير المألوفة التى تميز العقود الإدارية عن العقود المدنية .

ولكـــن التساؤل يثور حول حق الإدارة فى أن تستخدم سلطاتها فى الـــتعديل إذا لـــم يـــنص عليها فى العقد ؟ . يذهب الرأى الراجح فى الفقه الفرنســـى إلى أن حق الإدارة فى تعديل شروط العقد الإدارى حق ثابت لها ســـواء نصـــت عليه فى العقد أو لم تنص عليه . ذلك أن النص على سلطة الإدارة فى التعديل يعتبر كاشفا لحقها فى ذلك لا منشئا له .

وذهـــب آخـــرون إلى إنكار ذلك على الإدارة فالقاعدة أن الإدارة لا

---

(١) المحكمة الإدارية العليا: ٢٠ /١٩٥٧/٤ الموسوعة الإدارية – جـــ١٨ – ص٨٣٣.

تستقل بتعديل شروط العقد إلا إذا وجد النص على ذلك صراحة .

وفى الحقيقة نظراً لأهمية هذا الحق وضرورته لانتظام سير المرفق العام بانتظام واطراد فإن الإدارة دائما ما تحرص على أن تضمنه عقودها .

أمـــا فـــى مصـــر فـــإن المشـــرع حرص فى القوانين التى نظمت المناقصـــات فى مصر على النص عليه صراحة . وهو الأمر المستقر عليه فـــى نص المادة ٧٨ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ والـــتى تـــنص علـــى « يحق للجهة الإدارية تعديل كميات او حجم عقودهـــا بالزيادة أو النقص فى حدود ٢٥% بالنسبة لكل بند بذات الشروط والأســـعار دون أن يكـــون للمتعاقد مع هذه الجهات الحق فى المطالبة بأى تعويض عن ذلك .

ويجـــوز فـــى حـــالات الضرورة الطارئة وبموافقة المتعاقد تجاوز النسبة الواردة بالفقرة السابقة» .

ونصت المادة الخامسة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ على أن «لمـــانح الالـــتزام دائما متى اقتضت ذلك المنفعة العامة أن يعدل من تلقاء نفســـه أركـــان تنظـــيم المرفق العام موضوع الالتزام أو قواعد استغلاله ، وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به» .

ولأهمية حق الإدارة فى تعديل عقودها جاءت أحكام القضاء الإدارى مفصـــلة لأحكامـــه ومـــن ذلك حكم محكمة القضاء الإدارى فى ١٦ ديسمبر ١٩٥٦ إذ نص على «أن تملك الإدارة من جانبها وحدها وبإرادتها المنفردة على خلاف المألوف فى معاملات الأفراد فيما بينهم – حق تعديل العقد أثناء تنفـــيذه وتعديـــل مـــدى التزامات المتعاقد معها على نحو وبصورة لم تكن معـــروفة وقـــت إبـــرام العقد ، فتزيد من الأعباء الملقاة على عاتق الطرف

الآخــر أو تنقصـــها وتتناول الأعمال أو الكميات المتعاقد عليها بالزيادة أو الــنقص على خلاف ما ينص عليه العقد . وذلك كلما اقتضت حاجة المرفق هــذا التعديل ، ومن غير أن يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب أو بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز تعديله إلا باتفاق الطرفين وذلك لأن طبيعة العقــود الإداريـــة وأهدافهـــا وقيامها على فكرة استمرار المرافق العامة . تفــترض مقدماً حدوث تغيير فى ظروف العقد وملابساته وطرق تنفيذه تبعاً لمقتضيات سير المرفق . وأن التعاقد معها يتم على أساس أن نية الطرفين إنصـــرفت عند التعاقد إلى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق وتحقيق المصلحة العامـــة ممـــا يترتــب عليه أن الإدارة وهى صاحبة الاختصاص فى تنظيم المـــرفق وتحديد قواعد سيره تملك حق تعديل العقد بما يوائم هذه الضرورة وتحقــيق تلــك المصــلحة . ومـــن ثم كانت سلطة التعديل مستمدة لا من نصـــوص العقــد فحســب بل من طبيعة المرفق واتصال العقد الإدارى به وضرورة الحرص على انتظام سيره»[١] .

ومـــن ذلــك أيضـــاً – حكمها بتاريخ ٣ يونيه ١٩٥٧ إذ قررت أن «ســـلطة جهة الإدارة فى تعديل العقد أو فى تعديل طريقة تنفيذه هى الطابع الرئيســـى لـــنظام العقود الإدارية ، بل هى أبرز الخصائص التى تميز نظام العقـــود الإداريـــة عـــن نظام العقود المدنية ، مقتضى هذه السلطة أن جهة الإدارة تملك من جانبها وحدها وبإرادتها المنفردة وعلى خلاف المألوف فى معـــاملات الأفـــراد فـــيما بيـــنهم حق تعديل العقد أثناء تنفيذه وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد، فـــتزيد مـــن أعباء الطرف الآخر أو تنقصها كلما اقتضت حاجة المرفق أو

---

(١) محكمة القضاء الإدارية ١٦ ديسمبر ١٩٥٦ – سابق الإشارة إليه .

المصلحة العامة هذا التعديل من غير أن يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب أو بقـــاعدة العقـــد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز تعديله إلا باتفاق الطرفين وهـــى من القواعد المقررة فى مجال القانون الخاص ذلك لأن طبيعة العقود الإدارية وأهدافها وقيامها على فكرة استمرار المرافق العامة تفترض مقدماً حصول تغيير فى ظروف العقد وملابساته وطرق تنفيذه تبعاً لمقتضيات سير المـــرفق ، وأن الـــتعاقد يتم فيها على أساس أن نية الطرفين انصرفت عند إبرام العقد إلى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق وتحقيق المصلحة العامة مما يترتـــب علـــيه أن جهة الإدارة وهى صاحبة الاختصاص فى تنظيم المرفق وتحديـــد قواعد تسييره – تملك حق التعديل بما يوائم هذه الضرورة ويحقق تلـــك المصلحة . وهى فى ممارستها سلطة التعديل لا تخرج على العقد ولا ترتكـــب خطأ ولكنها تستعمل حقا . ومن ثم كانت سلطة التعديل مستمدة لا مـــن نصوص العقد فحسب بل من طبيعة المرفق واتصال العقد به ووجوب الحـــرص علـــى انتظام سيره واستدامة تعهد الإدارة له وإشرافها عليه بما يحقق المصلحة العامة .. فإذا ما أشارت نصوص العقد إلى هذا التعديل فإن ذلـــك لا يكـــون إلا مجـــرد تنظـــيم لســـلطة التعديل وبيان أوضاع وأحوال ممارستها وما يترتب على ذلك دون أن يكون فى ذلك مساس بالحق الأصيل المقـــرر لجهـــة الإدارة فـــى تعديل .. لذلك فإنه من المقرر أن جهة الإدارة نفســـها لا يجـــوز أن تتـــنازل عن ممارسة هذه السلطة لأنها تتعلق بالنظام العام»[1] .

وتـــنظم المـــادة ٧٨ مـــن اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة

---

(١) حكمـــة القضاء الإدارى : ٣٠ يونية لسنة ١٩٥٧ قضية رقم ١٩٨٣ لسنة ٧ق – سابق الإشارة إليه .

١٩٩٨ صــورة من صور تعديل العقد الإدارى وذلك بنصها على أن «يحق للجهــة الإدارية تعديل كميات أو حجم عقودها بالزيادة أو النقص فى حدود ٢٥% بالنســبة لكل بند بذات الشروط والأسعار دون أن يكون للمتعاقد مع هذه الجهات الحق فى المطالبة بأى تعويض عن ذلك .

ويجــوز فــى حــالات الضرورة الطارئة وبموافقة المتعاقد تجاوز النسبة الواردة بالفقرة السابقة .

ويجــب فى جميع حالات تعديل العقد الحصول على موافقة السلطة المختصــة ووجــود الاعــتماد المالى اللازم وأن يصدر التعديل خلال فترة سريان العقد وآلا يؤثر ذلك على أولوية المتعاقد فى ترتيب عطائه ..» .

وتنظم هذه المادة تعديل فى العقد لا تجاوز نسبته ٢٥% إلا بموافقة المــتعاقد . وأن يكون هذا التعديل بذات الأثمان وموافقة المتعاقد هنا ليست شــرطاً لإجراء التعديل فى ذاته ولكن لسريان هذا التعديل بأكثر من ٢٥% بــذات الأســعار ودون أن يكــون للمتعاقد مع جهة الإدارة الحق فى طلب التعويض عن ذلك .

وفــى الحقيقة أن هذه الصورة من صور التعديل الذى تملكه الإدارة بــنص القانون يمثل اخلالاً واضحاً وغبناً أكيداً لحقوق المتعاقد خاصة عند تغير الأسعار وارتفاعها وعدم ثباتها .

وكــان يجب تقرير أن تكون هذه الزيادة بموافقة المتعاقد أو مقابل تعويض عادل يجبر زيادة الأسعار .

أساس حق التعديل :

يتأســس حــق التعديل على مقتضيات سير المرافق العامة بانتظام

واطـــراد والتى تتطلب دوماً أن يكون المرفق قابلاً للتطور والتغيير . ولذلك كـــان من المحتم أن تأتى العقود الإدارية التى تتصل بنشاط المرافق العامة خاضـــعة لسلطة الإدارة فى التعديل والتغيير إعمالاً لهذه المبادئ إلتى تحكم المرافق العامة .

وهو الأمر الثابت فى الفقه والقضاء الإدارى ولا يمارى فيه أحد .

وارتـــباط ســـلطة الإدارة فى تعديل عقودها الإدارية بفكرة المرفق العام يترتب عليه عدة نتائج أهمها :

١ - أن حـــق الإدارة فى تعديل عقودها ثابت لها حتى ولو لم ينص عليه فى العقد . فالنص عليها بين شروط العقد لا يعدو أن يكون تنظيماً لها وبيان أوضاع ممارستها وحدوده .

٢ - أن ســـلطة الإدارة فى تعديل عقودها لا يمثل امتيازاً للإدارة فى مواجهـــة المـــتعاقد معهـــا وإنما هو ترجمة لمسئوليتها عن تنظيم وتسيير المـــرافق العامـــة[١]. ويترتـــب على ذلك بطبيعة الحال اتصال هذه السلطة بالـــنظام العـــام ومن ثم لا يجوز للإدارة أن تتناول عنها أو تتفق على عدم ممارستها فى عقودها الإدارية .

وهـــو ما ذهبت إليه محكمة القضاء الإدارى فى حكمها بتاريخ ٣٠ يونـــية ١٩٥٧ (ســـابق الإشـــارة إلـــيه) حيث ذهبت إلى أن «فإذا أشارت نصـــوص العقـــد إلى هذا التعديل ، فإن ذلك لا يكون إلا مجرد تنظيم لسلطة التعديل وبيان أوضاع وأحوال ممارستها وما يترتب على ذلك دون أن يكون فـــى ذلك مساس بالحق الأصيل المقرر لجهة الإدارة فى التعديل . لذلك فإنه

---

(١) فتحى فكرى : محاضرات فى العقود الإدارية - المرجع السابق ص٧١ .

مــن المقرر أن جهة الإدارة نفسها لا يجوز لها أن تتنازل عن ممارسة هذه السلطة لأنها تتعلق بالنظام العام» .

٣- ارتــباط هــذه الســلطة بتسيير المرفق العام تؤدى بالتبعية أن يقتصـــر حــق الإدارة فـــى مجال إعمالها على الشروط التى تتعلق بتسيير المرفق العام . فالشروط الأخرى التى لا تتصل بتسيير المرفق العام لا تكون محلاً للتعديل من جانب الإدارة بإرادتها المنفردة وهو ما أستقر عليه قضاء مجلـــس الدولة الفرنسى وذهبت إليه محكمة القضاء الإدارى فى حكمها فى ١٦ ديسمبر ١٩٥٦ (والسابق الإشارة إليه) حيث تقول «هذه السلطة ليست مطلقـــة بـــل يـــرد عليها قيود منها أن تقتصر على نصوص العقد المتصلة بسير المرفق ومقتضياته» .

٤- أن ســـلطة الإدارة فـــى الـــتعديل ليست سواء فى جميع العقود الإداريـــة ، وإنمـــا ترتبط بمدى مساهمة المتعاقد فى إطار العقد فى تسيير المـــرفق العام . فهذه السلطة تكون بالغة الاتساع فى عقود الالتزام باعتبار أن المتعاقد مع الإدارة يقوم بتسيير وإدارة المرفق نيابة عن الإدارة .

وكذلـــك فـــى عقود الأشغال باعتبار أن الإدارة هى صاحبة الأعمال محل العقد . وفى المقابل فإن هذه السلطة تضيق وتتضاءل فى عقود أخرى مـــثل عقـــد التوريد ، وهو ما ذهبت إليه محكمة القضاء الإدارى فى حكمها ســـالف الذكر بتاريخ ١٦ ديسمبر ١٩٥٦ حيث تقول «أن سلطة التعديل لا تطـــبق بقرار واحد فى جميع العقود بل تختلف باختلاف العقود على أساس مـــدى مساهمة المتعاقد مع الإدارة فى تسيير المرفق . بمعنى أنه إذا كانت هـــذه السلطة تبرز فى عقود الالتزام اعتباراً بأن للإدارة الاختصاص الأول والأصـــيل فـــى تسييرها فإنها تكون فى أضيق الحدود حيث يكون موضوع

العقد مساهمة من جانب المتعاقد فى تسيير المرفق العام بطريق غير مباشر كما هو الشأن فى عقود التوريد» .

٥- أن سلطة الإدارة فى التعديل ليست مطلقة وإنما يجب أن تمارسها الإدارة كضرورة تلجأ إليها حين يتعذر انتظام سير المرفق العام .

وهى كونها ضرورة فإنها استثناء من الأصل العام الذى يقضى بضرورة احترام القوة الملزمة للعقد . ولا يكون الخروج على ذلك إلا لضرورة والضرورة فى كل الأحوال تقدر بقدرها .

وعلى ذلك لا يجوز لجهة الإدارة أن تستخدم سلطتها فى التعديل لتغيير معالم العقد أو تغيير أسسه التى ينهض عليها وتطبيقا لذلك ذهبت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة إلى أن « موقع التنفيذ لا يعتبر داخلاً فى نطاق الخدمة أو العمل كما أنه لا يعد من وسائل أو طرق التنفيذ ومن ثم فإن سلطة الإدارة فى التعديل لا تمتد إليه لخروجه عن نطاق الجائز لها قانوناً وبهذه المثابة فإنه لا يجوز تناوله بالتعديل بعد تمام التعاقد . وترتيباً على ذلك فإن نقل الموقع من مدينة بنها إلى بلدة أبو النجا وهما يبعدان عن بعضهما مسافة ٤٠ كيلو متر تقريباً هذا النقل يجعل المتعاقد إمام عقد جديد طالما أنه يخرج عن حدود السلطة المقررة للإدارة»[١] .

وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا[٢] إلى أن الأعمال الإضافية فى عقود الأعمال يجب أن تكون من ذات نوع وجنس الأعمال الأصلية بحيث

---

(١) سابق الإشارة إليها .

(٢) المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٩٨٩/٤/٢٩ – ص٩٢٧ .

تكـــون الـــزيادة فى الكمية أو حجم العقد قابلة للتنفيذ والمحاسبة ماليا مع المتعاقد الأصلى عليها عن ذات الفئات والأسعار الخاصة بكل نوع أو جنس من الأعمال الإضافية المماثلة للأعمال الأصلية» .

٦- أن استخدام الإدارة لسلطتها فى التعديل إنما يقابله حق المتعاقد معهـــا فـــى الحصول على التعويض المناسب . وهو ما سوف نتناوله حين بحث حقوق المتعاقد مع الإدارة .

المطلب الثالث

حق الإدارة فى توقيع جزاءات على المتعاقد

تهـــدف نظرية الجزاءات الإدارية فى العقد الإدارى إلى ضمان تنفيذ المـــتعاقد مـــع الإدارة لالتزاماته بصورة سليمة تضمن انتظام سير المرافق العامـــة . فـــإخلال المتعاقد بالتزاماته يؤثر على سير المرفق العام بانتظام واطراد .

وهـــو ما قررته محكمة القضاء الإدارى بحكمها بتاريخ ١٧ مارس ١٩٥٧ « .. أن توقـــع عليه جزاءات تخضع لنظام قانونى غير معروف فى القـــانون الخـــاص فالجزاءات فى العقود الإدارية لا تستهدف فى الواقع من الأمـــر تقويـــم اعوجاج فى تنفيذ الالتزامات التعاقدية بقدر ما تتوخى تأمين سير المرافق العامة . والعقود الإدارية يجب أن تنفذ بدقة لأن سير المرافق العامة يقتضى ذلك» [١] .

---

(١) محكمة القضاء الإدارى : ١٩٥٧/٣/١٧ المجموعة - س١١ ص٢٧٣ .

والجــزاءات العقدية التى توقعها الإدارة على المتعاقد معها تخضع لنظام قانونى مختلف عن تلك الجزاءات التى يعرفها العقد المدنى وسوف نبحث :

أولاً : النظام القانونى للجزاءات الإدارية

ثانياً : صور الجزاءات الإدارية

الفرع الأول

النظام القانونى للجزاءات الإدارية

تخضـــع الجـــزاءات الإدارية العقدية لنظام قانونى يختلف عن نظام الجزاءات فى العقود المدنية . وذلك كما يلى :

أولاً : جزاءات توقعها الإدارة بنفسها دون اللجوء إلى القضاء .

ثانياً : جزاءات تلجأ إليها الإدارة حتى لو لم ينص عليها صراحة فى العقد .

ثالثاً : ضرورة أعذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء عليه .

رابعاً : الرقابة القضائية على توقيع الإدارة للجزاءات .

وتفصيل هذه العناصر يجرى كما يلى :

أولاً : حق الإدارة فى توقيع الجزاء بنفسها :

فـــالإدارة توقـــع الجـــزاءات على المتعاقد معها إذا أخل بالتزاماته العقديـــة بنفسها وذلك دون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء مقدماً وعلة ذلك ظاهـــرة أن تراخى المتعاقد فى تنفيذ التزاماته أو امتناعه عن ذلك قد يضر بالمرفق اضراراً كبيراً وتفادياً لذلك فإن الإدارة توقع الجزاءات على المتعاقد معها بنفسها دون حاجة للجوء إلى القضاء .

والأصـــل أن هـــذه القاعدة تشتمل جميع الجزاءات الإدارية على أن مجلس الدولة الفرنسى استثنى من ذلك جزاء سحب الالتزام نظراً لخطورته

فجعل توقيعه للقضاء .

علـــى أن القضـــاء الإدارى فـــى مصـــر على خلاف مجلس الدولة الفرنسى جعل للإدارة سلطة توقيع كافة الجزاءات بنفسها بما فى ذلك سحب الالتزام .

ففـــى حكمهـــا بـــتاريخ ١٧ مـــارس ١٩٥٧ قررت محكمة القضاء الإدارى .. وإن كان للإدارة سلطة توقيع جزاءات على المتعاقد إذا ما قصر فـــى تنفيذ التزاماته فإنه يتعين الإفصاح عن رغبة جهة الإدارة فى استعمال سلطتها هذه ولابد من صدور قرار إدارى بذلك»[1].

وفـــى حكمهـــا بـــتاريخ ٣ مارس ١٩٥٧ قررت « وإذا كان سحب الالـــتزام – بعد رأى مجلس النقل الاستشارى وموافقة مجلس الوزراء طبقاً لمـــا تقضى به المادة الثامنة من القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٥٠ فى شأن النقل العام للركاب يعتبر جزاء شديداً لما يترتب عليه من نتائج خطيرة فإن الـــتجاء الإدارة إلـــيه لا يكـــون إلا فى أحوال المخالفات الجسيمة أو عندما يتكرر الإهمال الفاحش من جانب الملتزم أو يعجز عن تسيير المرفق وأداء الخدمات المطلوبة»[2] .

وأقـــرت المحكمـــة الإدارية العليا ذلك فى حكمها بتاريخ ١٧ يونيه ١٩٧٢«أن الإدارة عـــندما قامـــت بســـحب الالتزام من المدعى ومصادرة التأمين النهائى إنما كان ذلك بسبب إخلال المدعى بشروط العقد وهو جزاء من قبيل الجزاءات التى تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد معها عند إخلاله

---

(١) محكمة القضاء الإدارى : ١٧ مارس ١٩٥٧ المجموعة س١١ ص٢٧١ .

(٢) محكمة القضاء الإدارى : ٢ مارس ١٩٥٧ المجموعة س١١ ص٢٣٩ .

بالتزاماته»[١].

والإدارة هى التى تقدر ملاءمة الجزاء لما اقترفه المتعاقد معها من أخطـــاء فــى التنفيذ فضلاً عن كونها هى التى تحدد ميعاده . على أن يظل تقديرها فى هذا الأمر وذاك خاضعا لرقابة القضاء الإدارى . كما سنرى فيما بعد .

ثانيا : سلطة الإدارة فى توقيع الجزاءات الإدارية لا تحتاج إلى نص فى العقد :

فســلطة الإدارة فــى توقيع الجزاء على المتعاقد معها لا يشترط أن ينص عليها فى العقد حتى يمكن لها أن تمارسها .

فهــى ســلطة مستقلة عن نصوص العقد ناتجة عن اتصاله بنشاط مرفق عام فى تسييره أو تنظيمه ومن ثم فإنه إذا نص العقد على بعض هذه الجــزاءات فــإن الإدارة تستطيع أن تلجأ إلى تطبيق البعض الآخر دون أن يحاجها المتعاقد معها بعدم وجود النص عليها فى العقد .

ولذلك قررت محكمة القضاء الإدارى فى حكمها بتاريخ ١٧ نوفمبر ١٩٥٧ «فليس بالذى يعتد به ما يقول به المدعى فى مذكرته من أن شروط المــزايدة لــم ينص فيها على حق الوزارة فى مصادرة التأمين لأنه مادام الغــرض من التأمين هو ضمان التنفيذ .. فلا يمكن تصور قيام هذا الضمان مــا لــم يكن للوزارة حق مصادرة هذا التأمين فى حالة عدم التنفيذ سواء نــص أو لم ينص فى الشروط على هذا الحق وإلا لما كان هناك محل أصلا لاشتراك دفع تأمين مع العطاء»[٢].

على أنه يخالف هذه القاعدة ضرورة التزام الإدارة بجزاء محدد إذا

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا فى ١٩٧٢/٦/١٧ . سابق الإشارة إليه .

(٢) محكمة القضاء الإدارة : ١٩٥٧/١١/١٧ المجموعة ص٥١٤ .

مـــا اتفــق علـــيه فـــى العقد كجزاء محدد لمخالفة معينة . وفى ذلك ذهبت المحكمة الإدارية العليا «إذا ما توقع المتعاقدان فى العقد الإدارى خطأ معينا ووضـــعاً له جـــزاء فيجب أن تتقيد جهة الإدارة بما جاء فى العقد ولا يجوز لهـــا كقـــاعدة عامـــة أن تخالفـــه أو تطـــبق فـــى شـــأنه نصوص لائحة المناقصات[١].

ثالثاً : اعذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء عليه :

إعـــذار المـــتعاقد قبل توقيع الجزاء عليه أمر منطقى تفرضه قواعد العدالـــة . فذلـــك يعنى تنبيه المتعاقد إلى مخالفته أو تقصيره التى قد تضر بالمرفق ، ومن ثم يمكن له بعد أعذاره أن يصحح من هذه المخالفة وتنتهى المشـــكلة عند هذا الحد . كما أنه يعنى أيضا إنذاراً له بتوقيع الجزاء الذى تراه الإدارة إذا استمر فى هذه المخالفة .

ومـــن مقتضى ذلك أن تترك الإدارة لـــه فرصة مناسبة بعد الأعذار حتى يتدارك الأمر ويصحح الخطأ .

والأعذار ضرورة تفرضه القواعد العامة فى تنفيذ الالتزام ولا يصح الاعفاء منه إلا فى إطار الاستثناء بنص تشريعى .

ويجب ان يتضمن الأعذار بيان المخالفات التى ارتكبها المتعاقد مع الإدارة وكيفية تفاديها .

نصـــت المادة ٨٤ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على أن «إذا أخل المقاول بأى شرط من شروط العقد أو أهمل أو أغفل القيام بأحد التزاماته المقررة ولم يصلح أثر ذلك خلال خمسة عشر

(١) المحكمة الإدارية العليا : ١٩٦٧/٤/٨ المجموعة س١٢ ص٨٨٢ .

يوماً من تاريخ إنذاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين بـــالعقد بالقـــيام بإجراء هذا الإصلاح كان للسلطة المختصة الحق فى اتخاذ أحد الإجراءين التاليين وفقا لما تقتضيه المصلحة العامة .

أ - فسخ العقد .

ب- ســحب العمــل مــن المقــاول وتنفــيذه علــى حسابه بذات الشروط والمواصفات المعلن عنها .

والـــتزام الإدارة باعذار المتعاقد معها قبل توقيع الجزاء عليه يمثل أصـــلا عامـــا علـــى أن مجال إعماله يكون إذا كان العقد ينفذ فى الظروف العاديـــة أمـــا إذا كان تنفيذ العقد يواجه حالات الضرورة كتوريد أغذية أو أســلحة للجيش وقت الحرب أو مواجهة كوارث طبيعية كزلازل وفيضانات وغير ذلك فلا محل لإلزام الإدارة بضرورة اعذار المتعاقد معها .

ولا يتطلــب أن يــتخذ الأعذار شكلاً محدداً ، وإنما يجوز للإدارة أن تــبلغه المــتعاقد بأى طريقة على أن تبين فيه وجه المخالفة والمهلة التى يمكن أن تمهله إياه حتى يصحح هذه المخالفة .

رابعاً : رقابة القضاء على سلطة الإدارة فى توقيع الجزاء :

لا يســتقيم القــول إذا كانت سلطة الإدارة فى توقيع الجزاء سلطة نهائية لا معقب عليها فذاك مما يتنافى مع المنطق والعدل . فإذا كان ارتباط العقد بنشاط مرفق عام قد أوجب أن تتميز الإدارة بسلطات واسعة وخطيرة فـــإن ممارستها لهذه السلطات يجب أن تكون تحت الرقابة القضائية . فهذه وحدهـــا هـــى الـــتى توازن سلطات الإدارة وتمثل ضمانا للمتعاقد . وتمنع الإدارة من أن تنحرف فى ممارستها بغيا أو كيداً .

ونظـرا لاتسـاع سلطات الإدارة وتنوعها فإن رقابة القضاء عليها حيـن تمارسها هى أيضا واسعة تشمل مشروعية هذه القرارات وملاءمتها فى أن واحد .

الفرع الثانى

صور الجزاءات الإدارية

تتنوع الجزاءات الإدارية إلى صور عديدة كما يلى :

أولاً : الجزاءات المالية .

ثانياً : وسائل الضغط والإكراه .

ثالثاً : الفسخ .

رابعاً : الجزاءات الجنائية .

وسوف نتناول كل منهما كما يلى :

أولاً : الجزاءات المالية :

وهـى مبالغ مالية يحق للإدارة أن تطالب بها المتعاقد معها إذا أخل بالتزاماته . وهى إما تعويضات أو غرامات . وذلك على التفصيل التالى :

١ - التعويضـات :

الـتعويض يكـون جـبراً لأضرار أصابت الإدارة من جراء مخالفة المـتعاقد معها لالتزاماته العقدية . وعلى ذلك فإن التعويض يكون لمواجهة أضـرار لحقت بالإدارة ويقدر بقدر هذه الأضرار والناتجة بطبيعة الحال عن خطأ المتعاقد مع الإدارة .

وفـى فرنسـا فإن أحكام مجلس الدولة تعطى للإدارة الحق فى أن

تقدر قيمة التعويض بنفسها ، وإذا لم يقبل المتعاقد معها هذا التقدير فله أن يلجأ إلى القضاء ويجوز لها أيضا أن تحصله بناء على أوامر دفع تصدرها بإرادتها المنفردة .

أمـا فـى مصر فإن هذا الحق لم يثبت للإدارة لا بنص تشريعى ولا بحكـم قضائى ، ومن ثم فلا مفر من أن تلجأ الإدارة إلى القاضى المختص لتقدير التعويض .

٢- الغرامــة :

مـبلغ مالى تقدره الإدارة وتنص عليه فى العقد تستحقه عند إخلال المـتعاقد باتفاقه وتختلف الغرامة عن التعويض فى أمرين **فمـن ناحية أولى** : فإن الغرامة يجب النص عليها فى العقد حتى تستطيع الإدارة اللجوء إليها .

بـل إن حـق الإدارة فى اقتضاء الغرامة يثبت حتى ولو لم يصبها ضـرر أو ترتـب على هذا التأخير مصلحة لجهة الإدارة . وإن جاز للإدارة فى هذه الأحوال إعفاء المتعاقد من هذه الغرامة وفقاً للإجراءات التى حددها القانون .

ومـن ناحـية ثانـية : لا تلتزم الإدارة بإثبات ما لحقها من أضرار من جراء إخلال المتعاقد معها بتنفيذ التزامه . فهى يحق لها أن تلجأ إلى إيقاع الغرامة عليه بصرف النظر عن أن هذا الأخير سبب للإدارة ضرراً أم لا .

ومـن ناحـية ثالثة : فإن اقتضاء الإدارة للغرامة المنصوص عليها فى العقـد لا يمنع من حصولها على التعويض المناسب جبراً للأضرار التى قد تصيبها .

وغـرامة التأخـير مقـرره أصلاً لضمان تنفيذ العقود الإدارية فى

المواعيد المحددة حرصاً على حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد .

وتـنص المادة ٨٣ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات على أن «يلـتزم المقاول بإنهاء الأعمال موضوع التعاقد بحيث تكون صالحة تماماً للتسـليم المؤقت فى المواعيد المحددة فإذا تأخر جاز للسلطة المختصة إذا اقتضت المصلحة العامة إعطاءه مهلة إضافية لإتمام التنفيذ . على أن يوقع علـيه غـرامة تأخـير اعتـباراً من بداية هذه المهلة وإلى أن يتم التسليم الابـتدائى وذلـك بواقـع ١% عن كل أسبوع أو جزء منه بحيث لا يجاوز مجموع الغرامة ١٠% من قيمة العقد .

ثـم تـنص المادة ٨٣ فى فقرتها الأخيرة على أن «ولا يخل توقيع الغـرامة بحـق الجهـة الإدارية فى الرجوع على المتعاقد بكامل التعويض المستحق عما أصابها من أضرار بسبب التأخير» .

وتطبـيقا لذلـك قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه «من حيث مفاد الإدارة وإلـزامه بالتعويض بحسبان غرامة التأخير توقع على المتعاقد مع الإدارة عـن واقعة التأخير فحسب سواء ترتب هذا التأخير أضراراً أصابت جهـة الإدارة أو لم يترتب على ذلك أضرار بينما يستلزم تحميل المتعاقد مع الإدارة بالـتعويض أن يصـيب الإدارة ضرر نتيجة تأخر المتعاقد معها فى تنفيذ التزاماته خلال الميعاد المتفق عليه»[١].

كيفية حساب الغرامة :

حـددت اللائحـة التنفيذية لقانون المناقصات فى المادة ٨٣ كيفية

---

(١) محكمـة القضاء الإدارى : الطعن رقم ٣٧٦١ لسنة ٤١ق جلسة ١٩٩٧/١٠/٢٨ الموسوعة الإدارية – جـ٤٩ ص٢٢٥ .

حساب الغرامة فى عقود المقاولات كما يلى :

«توقع عليه غرامة تأخير اعتباراً من بداية هذه المهلة وإلى ان يتم التسـليم الابـتدائى وذلك ١% عن كل أسبوع أو جزء منه بحيث لا يجاوز مجمـوع الغـرامة ١٠% عن قيمة العقد وتحسب الغرامة من قيمة ختامى العملية جميعها إذا رأت الجهة الإدارية أن الجزء المتأخر يمنع الانتفاع بما تـم من العمل بطريق مباشر أو غير مباشر على الوجه الأكمل فى المواعيد المحددة أما إذا رأت الجهة أن الجزء المتأخر لا بسبب شيئا من ذلك فيكون حساب الغرامة بالنسب والأوضاع السابقة من قيمة الأعمال المتأخرة فقط .

أمـا فـى عقود التوريد فإن المادة ٩٤ من اللائحة التنفيذية تنص علـى مايلى «إذا تأخر المورد فى توريد كل الكميات المطلوبة أو جزء منها فـى الميعاد المحدد بالعقد .. فيجوز للسلطة المختصة إذا اقتضت المصلحة العامـة إعطاءه مهلة إضافية للتوريد على أن توقع عليه غرامة تأخير عن هـذه المهلة بواقع ١% عن كل أسبوع تأخير أو جزء من أسبوع من قيمة الكمية التى يكون قد تأخر فى توريدها وبحد أقصى ٣% من قيمة الأصناف المذكورة» .

الإعفاء من الغرامة :

تـنص المادة ٨٣ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات على ما يلـى «ويعفـى المـتعاقد من الغرامة بعد أخذ رأى إدارة الفتوى المختصة بمجلـس الدولـة إذا ثبت أن التأخير لأسباب خارجة عن إرادته ، وللسلطة المختصـة فـى غـير هذه الحالة بعد أخذ رأى الإدارة المشار إليها إعفاء المتعاقد من الغرامة إذا لم ينتج عن التأخير ضرر» .

فـى عقود المقاولات يكون الإعفاء من الغرامة بشرطين الأول : أن

يكـــون التأخير لأسباب خارجة عن إرادة المتعاقد ، كأن يكون بسبب خارج عـــن إرادة المتعاقد ، كأن يكون بسبب القوة القاهرة أو السبب الأجنبى أو حتى فعل الإدارة .

أما الشرط الثانى فهو أخذ رأى إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة .

وفى غير ذلك من العقود يجوز للإدارة الإعفاء من الغرامة على ألا يتسبب التأخير فى ضرر للإدارة فإن حدث هذا الضرر فلا يجوز الإعفاء من الغرامة .

ثانياً : وسائل الضغط والإكراه :

تهـــدف هـــذه الوســـائل إلـــى إرغام المتعاقد مع الإدارة على تنفيذ الـــتزاماته العقدية . وتقوم هذه الوسائل على حلول الإدارة أو من تراه محل المتعاقد معها فى تنفيذ الالتزام الذى لم يتم تنفيذه . وتتخذ هذه الوسائل فى عقـــد الالـــتزام وضـــع المشروع تحت الحراسة ، وفى عقد الأشغال حلول الإدارة محـــل المتعاقد فى تنفيذ العقد ، وأخيرا فى عقد التوريد الشراء على حساب المتعاقد .

وعلـــى ذلك نصت المادة ٢٥ من قانون المناقصات العامة رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بقولها «يجوز للجهة الإدارية فسخ العقد وتنفيذه على حساب المتعاقد إذا أخل بأى شرط من شروطه ويكون الفسخ أو التنفيذ على حساب المتعاقد بقرار من السلطة المختصة» .

ووســـائل الضـــغط تعتـــبر جزاءات مؤقتة لا تنهى العقد وإنما تكل تنفـــيذه إلـــى غير المتعاقد الأصلى وعلى مسئولية هذا المتعاقد[١] . وهو ما

---

(١) سليمان الطماوى : الأسس العامة – المرجع السابق – ص٥٢٥ .

قضــت بــه محكمة القضاء الإدارى حيث تقول « العقود الإدارية يجب أن تــنفذ بدقــة لأن سير المرافق العامة يقتضى ذلك ومن وسائل ضغط الإدارة علــى المــتعاقد المقصر أن تخل هى بنفسها محله او أن تعمل على إحلال شخص أخر محله فى تنفيذ الالتزام وقد استقر قضاء هذه المحكمة على أن هــذا الإجــراء لا تضمن إنهاء العقد بالنسبة للمتعاقد المقصر بل يظل هذا المتعاقد مسئولاً أمام جهة الإدارة وإنما تتم العملية لحسابه وعلى مسئوليته»(١).

ومــا مــن شك فى أن الإدارة تلجأ إلى هذه الوسائل التى تحل بها محل المتعاقد معها فى تنفيذ العقد أو تسند ذلك إلى آخرين فى حالة الإخلال الجسيم من قبل المتعاقد معه بالتزاماته الناتجة عن العقد .

وتمــارس الإدارة ســلطتها فــى هــذا النطاق وهى تخضع لرقابة القضــاء. فهــو يراقب مشروعية اللجوء إلى هذا الجزاء ومدى تناسبه مع الخطأ الذى وقع من المتعاقد .

ولقــد حــدث أن تعــاقدت وزارة الشئون البلدية مع أحد المقاولين بقصــد حفر بئر ارتوازى لمد أهالى بعض المناطق بالمياه العذبة . ولما بدأ المتعاقد فى تنفيذ العمل فوجئ بطبقة صخرية فلما تظلم للإدارة عوضته عن سابق حفره وسمحت له بالحفر فى مكان آخر . على أن الموقع الجديد كان كســابقه تعــترض الحفــر فيه الصخور فتظلم مرة ثانية فصادرت الإدارة التأميــن وحجــزت آلات ومعــدات المقــاول وأسندت العملية لمقاول غيره لينفذها على حساب المقاول الأول .

فلجــأ إلــى القضاء فقررت المحكمة أن «قد ظهرت إرادة المصلحة

---

(١) محكمة القضاء الإدارى . ١٧ مارس – ١٩٥٧ س١١ – ص٢٧٢ .

ونيـــتها بصـــورة واضحة أن موضوع العقد لم يكن ينصرف إلى الحفر فى الصـــخر. ترتيبا على ما تقدم لم يكن يجوز للحكومة ما دام لتوقف المدعى عـــن العمـــل مـــا يبره قانونا طبقا لما إشتمل عليه العقد من نصوص وما انصـــرفت إليه نية الطرفين المتعاقدين عند إبرام العقد مما يعتبر داخلاً فى نطاقـــه . مـــا كان يجوز للحكومة أن تقوم بمصادرة التأمين .. ومن ثم فما دام المدعـــى لـــم يتخلف عن تنفيذ العقد حسبما سبق إيضاحه فلا سند إذا للحكومة فى الاستيلاء على هذا التأمين ومصادرته بدعوى توقيع غرامة أو استحقاقا لتعويض مما يتعين معه الحكم برد التعويض المذكور»[1].

ثالثاً : الفســـخ :

الفســـخ هو جزاء بمقتضاه تنهى الإدارة الرابطة العقدية بينها وبين المتعاقد معها .

والفســـخ أخر الجزاءات التى يمكن أن تلجأ إليها بعد أن يفيض بها الكيل . فالأصل أنها لا تلجأ إليه إلا إذا أعيتها الحيل فى ضبط المتعاقد معها فى تنفيذ التزاماته ولم تجد الجزاءات الأخرى فى ذلك .

والفســـخ إمـــا أن يكـــون وجوبيا إذا ما تحققت المخالفة التى نص عليها القانون ، واما أن يكون جوازياً تقدر الإدارة اللجوء إليه من عدمه .

وذلك كما يلى :

١- الفسخ الوجوبى :

وهو ما نصت عليه المادة ٢٤ من قانون المناقصات رقم ٨٩ لسنة

---

(١) محكمة القضاء الإدارى بتاريخ ٢٣ ديسمبر ١٩٥٦ مشار إليه فى سليمان الطماوى – الأسس العامة – المرجع السابق – ص٤٨٧ .

١٩٩٨ « يفسخ العقد تلقائيا فى الحالتين الاتيتين :

أ - إذا ثبت أن المتعاقد استعمل بنفسه أو بواسطة غيره الغش أو التلاعب فى تعامله مع الجهة المتعاقدة أو حصوله على العقد .

ب- إذا أفلس أو أعسر .

ولاشك أن الحالة الأولى تنبأ بأن المتعاقد مع الإدارة قد استخدم غشا وتلاعبا مما يعد معه جرما يستوجب العقاب وضرورة فسخ العقد وجوبيا حتى لا يستفيد من خطأه .

أما الحالة الثانية فلأن المتعاقد لم يعد قادراً على تحمل تبعات العقد ولم يعد قادراً الاستمرار فيه .

٢- **الفسخ الجوازى** :

الفسخ الجوازى يعنى أن الإدارة تلجأ إليه حينما تقدر لزوميته وأنه لا مفر من استخدامه وذلك لأن استمرار العقد قد يضر بالرفق العام .

ولقد ضرب قانون المناقصات ، ولائحته التنفيذية أمثلة للفسخ الجوازى ولكن من الثابت فقها وقضاء أنها لا تعدو أن تكون مجرد أمثلة وأية ذلك أن المادة ٢٥ من قانون المناقصات نصت على أنه « يجوز للجهة الإدارية فسخ العقد .. إذا أخل بأى شرط من شروطه» .

ومن الأمثلة فى قانون المناقصات ولائحة التنفيذية ما نصت عليه المادة ٨٤ من هذه اللائحة على أنهه إذا أخل المقاول بأى شرط من شروط العقد أو أهمل أو أغفل القيام بأحد التزاماته المقررة ولم يصلح أثر ذلك خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إنذاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين بالعقد بالقيام بإجراء هذا الإصلاح كان للسلطة

المختصة الحق فى اتخاذ أحد الإجراءين التاليين وفقا لما تقتضيه المصلحة العامة أ : فسخ العقد .

وتخضـــع الإدارة حيـــن تلجأ إلى فسخ العقد لرقابة القضاء وذهبت المحكمـــة الإداريـــة العلـــيا إلى أنه « ومن حيث أنه وأن كان لجهة الإدارة الحـــق فـــى فسخ العقد الإدارى ومصادرة التأمين بإرادتها المنفردة ودون الالـــتجاء إلـــى القضـــاء باعتـــبار أن ذلك امتياز لجهة الإدارة لتعلق العقد الإدارى بالمـــرفق العـــام الذى يستهدف تسييره ، إلا أن ذلك يجب أن يكون لإســـباب تبررها المصلحة العامة وإلا كان للمتعاقد معها أن يطلب الحكم له بالـــتعويض عما قد يلحق به من أضرار نتيجة لهذا الإجراء غير المشروع والذى يمثل خطأ عقديا وسواء أكانت هذه الأضرار مادية أو أدبية بشرط أن تكـــون هـــذه الأضرار ثابتة ثبوتاً يقينياً ويقيم المدعى الدليل على وقوعها حـــتى يمكن أن يقضى له بالتعويض عن هذه الأضرار منعا لإثرائه بلا سبب على حساب الإدارة ومع مراعاة أن التعويض عن الأضرار المادية يشمل ما لحق المتعاقد من خسارة وما فاته من كسب[١].

رابعاً : الجزاءات الجنائية :

مـــن المســـلم أن القـــاعدة العامة تقرر أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بـــنص . فإلادارة كقاعدة عامة لا تستطيع أن توقع على المتعاقد معها جزاء جنائيا . فإذا كانت الإدارة تستطيع أن تضمن عقودها شروطاً استثنائية غير مألوفـــة فـــى نطـــاق القانون الخاص فإن ذلك لا يصل إلى حد تضمين هذه العقود جزاءات جنائية .

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا : تاريخ ١٩٩٤/٤/٢٦ الطعن رقم ٤٦٨٢ لسنة ٣٥ق – الموسوعة حـــ٤٩ ص٢٧٠ .

وعلى الرغم من ذلك فإن الإدارة قد توقع على المتعاقد معها بعض الجـزاءات الجنائـية بوصفها سلطة عامة وليس بوصفها طرفا فى العقد . وذلـك مـرده أن الإدارة عامـة تستطيع أن توقع عليه لوائح الضبط ، بما تحتويه من بوصفها سلطة عامة منوط بها حماية النظام العام .

والإدارة تمـارس هـذه السلطة تجاه المتعاقد وغيره من المواطنين فـى الحـدود التى رسمها القانون . وواجب عليها أن تترفع عن الانحراف عـند ممارسة هذه السلطة . ومن ثم ليس لها أن تستعمل هذه السلطات من أجل إجبار المتعاقد على تنفيذ التزاماته .

وتـنص المـادة ٧٩ مـن قانون المناقصات العامة رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ علـى مـا يلـى : « يلتزم المقاول باتباع جميع القوانين واللوائح الحكومية والمحلية ذات الصلة بتنفيذ موضوع التعاقد كما يكون مسئولا عن حفـظ النظام بمواقع العمل وتنفيذ أوامر الجهة الإدارية بإبعاد كل من يهمل أو يـرفض تنفيذ التعليمات أو يحاول الغش أو يخالف أحكام هذه الشروط . ويلـتزم المقـاول أيضا باتخاذ كل ما يكفل منع الإصابات أو حوادث الوفاة للعمال أو أى شخص آخر أو الإضرار بممتلكات الحكومة أو الأفراد وتعتبر مسـئوليته فـى هذه الحالات مباشرة دون تدخل الجهة الإدارية وفى حالة إخلاله بتلك الالتزامات يكون للجهة الإدارية الحق فى تنفيذها على نفقته ».

ومن ناحية أخرى ينص قانون العقوبات على تجريم بعض الأخطاء الـتى تتصـل بتنفـيذ العقود الإدارية واعتبارها جرائم جنائية ومن ذلك ما تنص عليه المادة ١٦ مكرر جـ من قانون العقوبات . « كل من أخل عمداً بتنفـيذ كـل أو بعض الالتزامات التى يفرضها عليه عقد مقاولة أو نقل أو توريـد أو الـتزام أو أشـغال عامة ارتبط به مع إحدى الجهات المبينة فى

المـــادة ١١٩ أو مع إحدى شركات المساهمة ويترتب على ذلك ضرر جسيم أو إذا ارتكـــب أى غــش فى تنفيذ هذا العقد يعاقد بالسجن وتكون العقوبة الأشـــغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة إذا ارتكبت الجريمة فى زمن الحرب ، وترتب عليها أضرار بمركز البلاد الاقتصادى أو بمصلحة قومية لها» .

وكل من استعمال أو ورد بضاعة أو مواد مغشوشة أو فاسدة تنفيذاً لأى عقـــد من العقود سالفة الذكر ، ولم يثبت غشه لها أو علمه بغشها أو فســـادها يعاقـــب بالحـــبس والغرامة التى تجاوز ألف جنيه أو إحدى هاتين العقوبتيـــن وذلك ما لم يثبت أنه لم يكن فى مقدوره العلم بالغش أو الفساد ويحكـــم علـــى الجانى بغرامة تساوى قيمة الضرر المترتب على الجريمة ، ويعاقب بالعقوبات سالفة الذكر على حسب الأحوال ، المتعاقدون من الباطن والوكـــلاء والوســـطاء إذا كـــان الإخلال بتنفيذ الالتزام أو الغش راجعا إلى فعلهم» .

وغـــنى عـــن البـــيان أن العقوبات الواردة فى هذه المادة لا تطبقها الإدارة مـــن تلقـــاء نفســـها وإنما تخضع للنظام العام فى تحريك الدعاوى الجنائية كما تقضى بذلك قواعد وإجراءات قانون الإجراءات الجنائية .

الفصل الثانى

حقوق المتعاقد مع الإدارة

«الحصول على المقابل النقدى »

كـــان لاتصـــال العقـــد الإدارى بالرفق العام أثر بارز فى أن تتميز الإدارة كطرف فى العقد بسلطات كثيرة فى مواجهة المتعاقد معها .على أنه إذا اقتصـــر العقـــد الإدارى علـــى ذلك لم يكن ليستقيم الأمر .ففى مواجهة سلطات الإدارة يوجد حقوق للمتعاقد معها ففضلاً عن استحقاق الثمن والذى يعـــنى المقـــابل المالى المتفق عليه فى العقد ، فإنه يحق له أن يطالب بالتعويضات إن كـــان لها محل وحق المتعاقد مع الإدارة فى هذه التعويضات قد يرتبط بضرورة المحافظـــة علـــى التوازن المالى فى العقد الإدارى وقد يترتب على ارتكاب الإدارة لأخطاء معينة أصابته بضرر وهو ما سوف ندرسه فيما بعد.

المبحث الأول

الحصول على المقابل المالى للعقد

يهـــدف المـــتعاقد مع الإدارة فى جل العقود الإدارية على الحصول المقابل المالى أى (الثمن) للأعمال التى قدمها للإدارة . وغالبا ما يكون هذا المقابل نقدياً.

يـــتخذ المقـــابل المالى شكل الثمن فى أغلب العقود الإدارية بما فى ذلـــك عقدى الأشغال العامة والتوريد أما فى عقد الالتزام فيكون فى صورة الرســـم الـــذى يفرضه الملتزم على جمهور المنتفعين وفقا للحدود المتفق عليها مع جهة الإدارة فى العقد .

والأصـــل أن الشـــروط التى تتعلق بتحديد المقابل النقدى فى العقود

الإداريـــة تعتبر شروطا تعاقدية لا يجوز للإدارة بإرادتها المنفردة أن تعدلها أو تغيرها . ولكن يلزم أن يتفق الطرفان على ذلك .

على أنه يرد على هذه القاعدة استثناءان يتعلق الأول بالرسم الذى يقتضـــيه المتعاقد مع الإدارة فى عقود الالتزام حيث يعد شرطا من الشروط اللائحية التى يمكن للإدارة أن تعدلها أو تغيرها دون حاجة لموافقة الملتزم.

أمـــا الاســـتثناء الـــثانى فيتعلق بالعقود التى تؤدى وظائف الأعمال الشـــرطية فهـــذه العقـــود تعهـــد إلـــى المتعاقد معها مراكز نظامية . كعقد التوظف. فالمرتب الذى هو المقابل المالى لعقد التوظف يصبح تابعاً للمركز النظامى ومن ثم تستطيع الإدارة أن تعدله بالنقص أو بالزيادة كلما أرادت[١].

وعلـــى ذلك فإن المقابل المالى الذى يستحقه المتعاقد مع الإدارة قد يكـــون ثمناً وهو الغالب وقد يكون رسماً كما فى عقد الالتزام . على أن أمر تحديد واستحقاق كل منهما يتطلب مزيداً من إلقاء الضوء .

١- **تحديد الثمن** :

الأصل أن يتم ذلك باتفاق طرفى العقد . وكما سبق أن قلنا أن الثمن شرط تعاقدى ، يهدف إليه المتعاقد مع الإدارة . فهو فى كل حال يسعى إلى تحقـــيق الربح وهو هدف مشروع . وإذا كانت الإدارة واجب عليها أن تدفع السعر الذى اتفقت عليه مع المتعاقد فإن القانون قد أحاط عملية تحديد الثمن فى العقد لضوابط يجب ألا تخالفها الإدارة . وأهم هذه الضوابط ما يلى :

أ – إرســـاء المناقصـــة على صاحب العطاء الأفضل شروطا والأقل ســـعراً بعـــد توحيد أسس المقارنة بين العطاءات من جميع النواحى الفنية

---

(١) سليمان الطماوى : الأسس العامة – المرجع السابق ص٣٨٥ .

والمالية (المادة ٢٨ من اللائحة التنفيذية) .

ب- حددت المادة ٥٥ من للائحة التنفيذية القواعد التى تحكم كتابة وتحديد الأسعار فى العروض المقدمة وهى كما يلى :

- أسـعار العطـاء بالحبر الجاف أو السائل أو الطباعة رقماً وحروفاً باللغـة العربـية ويكـون سعر الوحدة فى كل صنف بحسب ما هو مدون بجدول الفئات عدداً أو وزناً أو مقاساً أو غير ذلك دون تغيير أو تعديل فى الوحدة .
- ويجـوز فـى حالة تقديم العطاء من فرد أو شركة فى الخارج أن تكتـب الأسـعار بالعملـة الأجنبية وتتم معاداتها بالعملة المصرية بالسعر المعلن فى تاريخ فتح المظاريف .
- ويجب أن تكون قائمة الأسعار مؤرخة وموقعة من مقدم العطاء .
- لا يجـوز الكشـط أو المحـو فى جدول الفئات . وكل تصحيح فى الأسعار أو غيرها يجب إعادة كتابته رقماً وحروفاً وتوثيقه .

ب- تسديد الثمن :

القاعدة أن تسديد الثمن لا يكون إلا بعد أداء المتعاقد مع الإدارة لالتزامه.

علـى أن الأخـذ بهـذه القاعدة على إطلاقها قد يؤدى فى كثير من الأحـيان إلى إرهاق المتعاقد مع الإدارة فقد يستمر تنفيذ العقد مدة طويلة . فضلاً عن انفاقه مبالغ طائلة . ومن ثم فإنه استثناء من ذلك فإن الإدارة قد تصرف للمتعاقد معها دفعات مقدمة من قيمة التعاقد أو دفعات تحت الحساب بعد تمام بعض الأعمال .

والصورة الأولى نصت عليه المادة ٦٩ من للائحة التنفيذية للقانون

٨٩ لسنة ١٩٩٨ بضوابط محددة كما يلى « يكون الترخيص بصرف مبالغ مقدمـــاً مـــن قيمة التعاقد بموافقة السلطة المختصة وبشرط أن يكون الدفع المقـــدم مقابل خطاب ضمان مصرفى معتمد بذات القيمة والعمل وغير مقيد بـــأى شـــرط وســـارى المفعول حتى تاريخ الاستحقاق الفعلى لتلك المبالغ ويســـتثنى مـــن شرط تقديم خطاب الضمان المشار إليه حالات التعاقد التى تتم بين جهتين من الجهات الخاضعة لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات.

ويـــراعى عند المفاضلة والمقارنة بين العطاءات إضافة فائدة تعادل ســـعر الفـــائدة المعلن من البنك المركزى وقت البت فى المناقصة إلى قيمة العطـــاءات المقترنة بالدفع المقدم وذلك عن المبالغ المطلوب دفعها مقدماً وتحسب الفائدة عن المدة من تاريخ أداء هذه المبالغ حتى تاريخ استحقاقها الفعلى .

علـــى أنه فى الحالات التى تكون فيها بداية تنفيذ العقد معلقة على تحقـــق أكـــثر مـــن واقعـــة من بينها صرف الدفعة المقدمة فيراعى آلا يتم صرفها إلا بعد تحقق جميع الوقائع الأخرى .

ويجب فى جميع الحالات أن يكون الدفع المقدم فى حدود الاعتمادات المدرجة بالموازنة عن السنة المالية التى يتم فيها التعاقد .

أما بالنسبة للصورة الثانية :

فقـــد نصـــت علـــيها المادة ٨٥ من ذات للائحة التنفيذية كما يلى « يجـــوز بموافقـــة الجهـــة الإدارية المتعاقدة وعلى مسئوليتها أن يصرف للمقاول دفعات تحت الحساب تبعاً لتقدم العمل وعلى النحو الآتى :

أ - بحـــد أقصى ٩٥% من القيمة المقررة للأعمال التى تمت فعلاً مطابقـــة للشروط والمواصفات وذلك من واقع الفئات الواردة بالجدول كما

يجـــوز صرف ٥% الباقية نظير كتاب ضمان معتمد من أحد البنوك المحلية ينتهي سريانه بعد مضى ثلاثين يوماً من تاريخ حصول الاستلام المؤقت .

ب- بحــد أقصـــى ٧٥% مـــن القـــيمة المقررة للمواد التى وردها المقـــاول لاســـتعمالها فى العمل الدائم والتى يحتاجها العمل فعلا بشرط أن تكون مطابقة للشروط وموافقا عليها أن تكون مشونة بموقع العمل فى حالة جـــيدة بعـــد إجـــراء الجـــرد الفعلـــى اللازم وذلك من واقع فئات العقد . وتعامل كالمشونات المواد التى تورد لموقع العمل صالحة للتركيب إلى أن يتم تركيبها .

وللجهـــة الإدارية المتعاقدة الحق فى تنظيم الدفع للمقاول عن الأعمال التى تـــتم على نحو مغاير إذا قضت طبيعة الأعمال المسندة إليه ذلك ولها الحق فى عدم صرف الدفع إذا رأت أن تقدم العمل أو سلوك المقاول غير مرضى .

ج - بعد تسلم الأعمال مؤقتا تقوم الجهة الإدارية بتحرير الكشوف الختامـــية بقـــية جمـــيع الأعمال التى تمت فعلاً ويصرف للمقاول عقب ذلك مباشرة ما يستحق بعد خصم المبالغ التى سبق صرفها على الحساب أو أية مبالغ أخرى مستحقه عليه .

٢- الرســـم :

يعتـــبر الرسم هو المقابل المالى الرئيسى الذى يحصل عليه الملتزم فى عقد الالتزام وهو يحصله من الجمهور .

ويعد الرسم فى عقد الالتزام من الشروط اللائحية على خلاف الثمن فى غيره من العقود . ومن ثم فإن الإدارة تستطيع أن تغير فى الرسم حسب مـــا تقتضـــيه مصلحة المرفق . بل أن الإدارة قد تستقل بتحديده وتقديره . ويجـــب أن تراعى فى ذلك تحقيق المساواة بين المنتفعين بخدمات المرفق

فضلاً عن ضرورة التزامها بما يحدده المشرع من قواعد فى هذا الصدد .

ويجـــب أن لا تتجاوز ما يحصل عليه الملتزم عن ١٠% من صافى أرباح المرفق كما نصت على ذلك المادة الثالثة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ .

المبحث الثانى
الدفع بعدم التنفيذ

تنص القاعدة العامة فى عقود الأفراد وفقا للمادة ١٥٧ من القانون المدنى أنه «فى العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جـــاز للمتعاقد الأخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض فى الحالتين إن كان له مقتض ....» .

وهو ما يعرف فى الفقه بالدفع بعدم تنفيذ العقد . فهل تخضع العقود الإداريـــة لمـــثل هـــذا الدفع ؟ فلو فرضنا أن الإدارة قد تقاعست عن أداء الـــتزاماتها تجاه المتعاقد معها فهل يجوز لهذا المتعاقد أن يتوقف عن تنفيذ التزاماته تلبية لهذا الدفع ؟

فـــى حقيقة الأمر أن الفقه والقضاء الإدارى يجمع على أنه لا يجوز الدفع بعدم التنفيذ فى نطاق العقود الإدارية . وذلك مرده وأساسه هو اتصال العقـــد بنشـــاط مرفق عام . وأن القول بغير ذلك ينال من مبدأ سير المرفق العـــام بانـــتظام واطراد وإلى ذلك تذهب المحكمة الإدارية العليا إلى أنه من المبادىء المقررة أن العقود الإدارية تتميز بطابع خاص ، مناطه احتياجات المـــرفق الـــذى يهـــدف العقـــد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصـــلحة الأفـــراد الخاصة ، ولما كان العقد الإدارى يتعلق بمرفق عام فلا يســـوغ للمـــتعاقد مـــع الإدارة أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق

بحجــة أن ثمة إجراءات إدارية قد أدت إلى الإخلال بالوفاء بأحد التزاماتها قبله بل يتعين عليه إزاء هذه الاعتبارات أن يستمر فى التنفيذ مادام ذلك فى اســتطاعته ثم يطالب جهة الإدارة بالتعويض عن إخلالها بالتزامها إن كان لذلــك مقــتض وكان له فيه وجه حق فلا يسوغ له الامتناع عن تنفيذ العقد بإرادته المنفردة وإلا حقت مساءلته عن تبعة فعله السلبى»[1] .

والحقــيقة تتــبدى من الناحية العملية أن عدم التسليم للمتعاقد مع الجهــة الإدارية بالتمسك بالدفع بعدم التنفيذ يؤدى فى كثير من الأحيان إلى اضــطراب تنفيذ العقد اضطراباً شديداً ويؤدى إلى تأخير المتعاقد مع الجهة الإداريــة فى الوفاء بالتزاماته وهو ما يؤدى إلى زيادة تكلفة تنفيذ العقد . وقــد ســبق وأن رأيــنا أن جهة الإدارة كان يجب عليها آلا تدخل فى إبرام العقد قبل توافر الاعتمادات المالية اللازمة لذلك . لأن غياب هذه الاعتمادات يؤثــر علــى قدرتهــا على تنفيذ التزاماتها تجاه المتعاقد معها . فضلاً عما يحملــه ذلــك مــن آثار شديدة الوطأة على اقتصاديات المتعاقد مع الجهة الإدارية سواء أكان شخصاً طبيعياً أم معنوياً . ولعل أزمة مديونية الحكومة تجاه شركات المقاولات فى مصر نتيجة لهذا الأمر .

كمــا أنــه لا يخفى أن مبدأ عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ فى نطاق العقــود الإدارية يمثل اختلالاً واضحاً بين مركزى طرفى العقد الإدارى وهو

---

(١) راجــع فــى ذلــك قضائها فى الطعن رقم ٧٦٧ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٦٩/٧/٥ والطعــن رقم ١٠٢٧ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٧٨/١/٢٨ والطعن رقم ١٧٣٨ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٩٣/٨/٢٤ ، والطعنين رقم ٤٦٦٩، ٥٠٨٧ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٩٧/١/٢٥ والطعــن رقم ٦١٨ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٩٩/٢/٩ . والطعن رقم ١٧٣٤ لسنة ٣٩ ق جلسة ٢٠٠٠/٤/٤ .

محمد ماهر أبو العينين : العقود الإدارية – المرجع السابق – الكتاب الثانى ، ص١٤ .

الأمر الذى لا يحتمله كثير من العقود الإدارية الحديثة .

ولذلـك كان طبيعياً أن يلجأ القضاء الإدارى فى مصر إلى عدد من الوسـائل الـتى تخفـف من غلواء هذا المبدأ حتى يستقيم أمر تنفيذ العقد الإدارى . ومن هذه الوسائل :

١- جواز الاتفاق فى عقد مقاولة الأعمال على إضافة مدة تأخير صرف مبلغ المستخلص للمقاول إلى مدة تنفيذ العقد .

وفـى ذلـك ذهبت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع فى فـتواها رقـم ٥٣٢ بـتاريخ ١٩٩٣/٧/٤ جلسة ١٩٩٣/٥/١٦ ملف رقم ٢٩٥/١/٥٤ إلـى «أن قواعـد العدالـة ومقتضيات حسن النية التى تظلل العقـود جميعاً تتأبى أن تمسك الجهة الإدارية بعدم منح المتعاقد معها مهلة للتنفـيذ إذا تراخت فى أداء التزاماتها المقابلة إذا ما قدرت عند التعاقد أن هذا التأخير من جانبها قد يعجزه عن أداء التزاماته فى الموعد المحدد» .

٢- عدم أداء مقابل الأعمال يعطى للمتعاقد الحق فى طلب إعادة النظر فى الأسعار :

وهـو ما ذهبت إليه الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع فى فـتواها رقـم ٥٤١ بـتاريخ ١٩٩٣/٧/٨ جلسة ١٩٩٣/٥/١٦ ملف رقم ٢٦/٢/٧٨) .

«الأصـل فـى تنفيذ العقود الإدارية أنه لا يجوز للمتعاقد مع الجهة الإدارية أن يتقاعس أو يتراخى فى تنفيذ التزاماته إذا تأخرت هذه الجهة فى تنفيذ التزاماتها المتقابلة هذا الأصل يجوز الخروج عليه إذا ما قدرت الجهة الإداريـة أن عدم تنفيذها لالتزاماتها يعجز المتعاقد معها عن تنفيذ التزامه فـى الموعـد المحـدد ويكون لها فى هذه الحالة إذا ما جاوزت مدة توقف الأعمال الحد المعقول بسبب عدم قيامها بالتزامها بأداء مقابل الأعمال لعدم

توافــر الاعتماد المالى أن تعيد النظر فى الأسعار المتعاقد عليها أصلاً وذلك فــى ضــوء الأسعار السائدة عند مواصلة التنفيذ حتى لا تختل اقتصاديات العقــد وتجــور المصــلحة العامــة على المصلحة الفردية على نحو يعوق المتعاقد مع الإدارة عن النهوض بتنفيذ التزاماته .

٣- الخروج على قاعدة عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ :

استشــعاراً من القضاء لثقل قاعدة عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ فى العقــود الإداريــة وما تؤدى إليه من مشاكل تعطل تنفيذ هذه العقود . فإنه أجاز الخروج على هذه القاعدة إما بالاتفاق على ما يخالفها أو التمسك بعدم التنفيذ إن كان سيصيب المتعاقد مع الإدارة ضرر جسيم . وذلك كما يلى :

أ – ففــى حكمهــا بتاريخ ١٨/١٢/١٩٧١ ذهبت المحكمة الإدارية العلــيا إلى أن «الأصل أن الدفع بعدم التنفيذ لا يجوز أن يتمسك به المتعاقد مــع الإدارة فــى العقــود الإدارية وذلك ضماناً لحسن سير المرافق العامة بانــتظام وإطــراد إلا أنــه يجــوز للطرفين عند التعاقد أن يخرجا على هذا الأصــل. وفــى هذه الحالة يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يتمسك بالدفع بعدم التنفــيذ وبالــتالى لا يحق للإدارة أن توقع عليه غرامات تأخير مادامت قد تراخت فى تنفيذ التزاماتها مما أعجزه عن تنفيذ التزامه قبلها»(١) .

٤- جواز الدفع بعدم التنفيذ لدرء ضرر جسيم :

فــى حكمها بتاريخ ٦/٥/١٩٩٧ ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أن «وحيــث أنه يكون ثابتا مما تقدم إخلال جهة الإدارة فى تنفيذ التزاماتها

---

(١) حكــم المحكمــة الإداريــة العليا فى الطعن رقم ٧٦ السنة ١١ ق جلسة ١٨/١٢/١٩٧١ – محمد ماهر أبو العينين . العقود الإدارية – الكتاب الثانى – ص٥١ .

قبل المقاول بعدم صرف المبالغ المستحقة له والسابق بيانها الأمر الذى يتعذر معه على المقاول الاستمرار فى استكمال أعمال العقد لعدم توافر التمويل لديه بسبب توقف الإدارة عن سداد مستحقاته عن أعمال تمت ومن المعلوم أن عنصر التمويل العنصر الأساسى فى تنفيذ الأعمال إذا امتنعت الإدارة عن سداد مقابل ما تم من أعمال وخاصة إذا كانت هذه المبالغ كبيرة ويؤثر عدم السداد على المركز المالى للمتعاقد وعلى إمكانية استمراره فى التنفيذ واستكمال الأعمال .

وحيث أنه لا يغير مما تقدم ما أثاره الطاعن من أنه لا يسوغ فى العقود الإدارية للمقاول أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته قبل المرفق بحجة أن ثمة إجراءات إدارية أدت إلى إخلال الإدارة بأحد التزاماتها قبله ويتعين عليه أن يستمر فى التنفيذ ثم يطالب الجهة الإدارية بالتعويض فهذا القول وإن كان هو الأصل بالنسبة لتنفيذ العقود الإدارية إلا أنه لا يؤخذ على إطلاقه ولا يسوغ إعماله إلا فى الحالات التى يكون فيها المقاول فى موقف يسمح له بتذليل تلك الإجراءات الإدارية دون ضرر جسيم يصيبه كما لو تقاعست الإدارة عن توفير مواد التموين فيكون عليه أن يقوم بتوفيرها ومطالبة الإدارة بالفرق وهذه أمور تختلف اختلافا جوهرياً عن إخلال الإدارة بالتزام أساسى فى العقد لا يستمر تنفيذ العقد بدونه وهو موقف الإدارة عن سداد مستحقات المقاول عن الأعمال التى قام بتنفيذها دون مبرر وخاصة إذا كانت مبالغ كبيرة تؤثر فى إمكانيته فى الاستمرار فى التنفيذ .

الفصل الثالث

التوازن فى العقد الإدارى

إذا كانـــت القاعدة العامة فى العقود المدنية تقضى بأن العقد شريعة المتعاقديـــن ممـــا يعنى معه أن طرفيه يلتزمان بالتزامات محددة ثابتة فترة تنفـــيذ العقـــد ، فـــإن هذا الأصل لا يعدو أن يكون الاستثناء فى إطار تنفيذ العقـــود الإداريـــة فالقاعدة العامة فى تنفيذ هذه العقود هى مرونة التزامات المتعاقد مع الإدارة وتحركها إما بالزيادة او بالنقصان .على أن هذه القاعدة إذا اقتصـــرت على التزامات المتعاقد مع الإدارة فقط تصبح العقود الإدارية مغـــرمة لهـــذا المـــتعاقد فضلاً عن ما يشكله ذلك من إجهاد له وغبن فى حقوقه. ومـــن ثم كان لابد من أن تشمل هذه القاعدة حقوق هذا المتعاقد . ويترتب على ذلك أنه إذا زادت التزامات المتعاقد مع الإدارة زادت حقوقه أيضا وتلك هى فكرة التوازن المالى فى العقود الإدارية .

وهـــى فكرة منطقية فإذا كان اتصال العقد الإدارى بنشاط مرفق عام هو الذى يبرر للإدارة أن تغير فى التزامات المتعاقد معها فإن ذلك أيضا هو الـــذى يـــبرر ضرورة وجود التوازن المالى بين التزامات المتعاقد وحقوقه حتى يستطيع أن يستمر فى تنفيذ العقد .

وظهـــرت فكرة التوازن المالى فى العقود الإدارية فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى فى حكمه بتاريخ ١١ مارس سنة ١٩١٠[١] . وما لبث أن استقرت فى الفقه والقضاء كمبدأ أساسى يحكم التزامات المتعاقد مع الإدارة وهـــو مـــا أشارت إليه محكمة القضاء الإدارى فى مصر فى حكمها بتاريخ

---

(١) فى ذلك راجع : سليمان الطماوى : الأسس العامة – المرجع السابق ص٦١٠ .

٣٠ يونيــة ١٩٥٧ إذ تقــول «أن الفقــه والقضاء الإدارى قد خلق نظرية الــتوازن المــالى للعقد الإدارى وغيرها من النظريات والقواعد التى تحقق بقــدر الإمكــان توازنا بين الأعباء التى يتحملها المتعاقد مع الإدارة ، وبين المــزايا الــتى ينتفع بها ، على اعتبار أن العقد الإدارى يكون فى مجموعه كــلا من مقتضاه وجوب التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين وتعادل كفة المــيزان بينهما وذلك بتعويض المتعاقد فى أحوال وبشروط معينة حتى ولو لــم يصدر خطأ من جانب الإدارة مع اختلاف مقدار التعويض . فتارة يكون الــتعويض كاملا ، وتارة يكون جزئيا . وأيا كانت الأسانيد التى قامت عليها هــذه النظريات والقواعد واختلاف الرأى من مبرراتها فإنه ما لا شبهة فيه أنهــا تــرتد فى الحقيقة إلى أصل واحد وهو العدالة المجردة التى هى قوام القــانون الإدارى . كمــا أن هدفها الأعلى هو تحقيق المصلحة العامة بناء علــى فهم صحيح لطبيعة العلاقة بين من يتعاقد معها من الهيئات والأفراد فــى شــأن من شئون المرافق العامة وبهذا الفهم أمكن حل أغلب مشكلات العقود الإدارية ووضحت معالم الطريق لعلاجها على الوجه الصحيح ، وأن هذه المحكمة لترى من الخير – بمناسبة هذه الدعوى الحالية التنبيه إلى أن القواعــد والأصول والنظريات التى وضعها الفقه والقضاء الإدارى فى هذا الشــأن إنمــا كانت وليدة البحث والتقصى وثمرة التجارب حقبة طويلة من الزمــن لكثــير من مختلف أنواع المنازعات التى قامت بين جهات الإدارة والمتعاقديــن معهــا . وأن الإطار العام الذى دار فيه البحث رسمته ضوابط واعتــبارات شــتى وحقائق غير منكورة حاصلها أنه يكون مفهوماً أن حق جهــة الإدارة فى الحصول على المهمات والأدوات أو أداء الخدمات وإنجاز الأعمــال المطلوبة بأرخص الأسعار وأقل التكاليف يقابله من جانب المتعاقد معهــا أن يهدف إلى تحقيق ربح مجزىء لــه عن رأس ماله المستغل كله

أو بعضـــه أو بما وضعه لنفسه من نظام الاستهلاكات الجانبية . ولكن هذا الوضـــع لا يعـــنى أن يقــف كل منهما إزاء الطرف الأخرى موقف التربص والـــتوجس وانـــتهاز الفرص أو موقف الطرف المتخاصم فى نزاع أن ظل كامنا فهو خليق بان يتحول فى أية لحظة إلى دعوى تطرح أمام القضاء بل أن الخالص فى شأن العلاقة بين جهة الإدارة والمتعاقد معها .أن تنظر إليها جهة الإدارة من زاوية تراعى فيها كثيرا من الاعتبارات الخاصة التى تسمو على مجرد الحرص على تحقيق الوفر المالى للدولة ، وأن الهدف الأساسى هو كفالة حسن سير المرافق العامة باستمرار وانتظام ، حسب أداء الأعمال والخدمـــات المطلوبة وسرعة إنجازها . وأن ينظر إليها المتعاقد مع الإدارة علـــى أنها مساهمة اختيارية منه ومعاونة فى سبيل المصلحة العامة فيجب أن تـــؤدى بأمانـــة وكفاية . وهذا وذاك يقتضى بين الطرفين قيام نوع من الـــثقة المتـــبادلة بيـــنهما وحســـن النية والتعاضد والتساند والمشاركة فى وجهات النظر المختلفة للتغلب على ما يعترض تنفيذ العقد من صعوبات وما يصادفه من عقبات وبهذا تطمئن جهة الإدارة إلى حسن التنفيذ وإنجازه فى مواعـــيده المحـــددة ، ويطمئـــن المتعاقد معها إلى أنه سينال لقاء إخلاصه وأمانته وحسب قيامه بالعمل – جزاءه الأوفى وأجره العادل[١] .

وفكـــرة التوازن المالى للعقود الإدارية لا تطبق فى حالة استحقاق المتعاقد مع الإدارة التعويض فى حالة وجود خطأ منسوب إلى جهة الإدارة. وإنمـــا مجال إعمالها هى حالات التعويض التى يستحقها المتعاقد دون خطأ منسوب إلى جهة الإدارة .

---

(١) حكـــم محكمـــة القضـــاء الإدارى بـــتاريخ ٣٠ يونية ١٩٥٧ – المبادئ – س١١ ص٦٠٧ .

والحـــالات التى يستحق فيها المتعاقد مع الإدارة التعويض بغير أن ينسب إلى الإدارة خطأ هى حالات ثلاث :

الحالة الأولى : عمل الأمير .

الحالة الثانية : الظروف الطارئة .

الحالة الثالثة : الصعوبات المادية غير المتوقعة .

وسوف نتناول كل من هذه الحالات بالتفصيل كما يلى :

المطلب الأول

نظرية عمل الأمير

Le Fait Du Prince

تعتـــبر هـــذه النظرية من خلق مجلس الدولة الفرنسى . وهى أول الـــنظريات الـــتى أراد بهـــا القضاء الإدارى إقامة التوازن المالى فى العقد الإدارى بين التزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة[١].

الفرع الأول

مفهـوم النظريـة

تعـــنى نظـــرية عمـــل الأمير صدور عمل أو إجراء من سلطة عامة بصـــورة غـــير مـــتوقعة وبـــدون خطأ من جانبها ويترتب عليه ضرر على المـــتعاقد مـــع الإدارة يـــؤدى إلـــى الإخلال بالتوازن المالى للعقد الإدارى ويستوجب تعويضه .

---

(١) Saroit Badaoui Le Fait Du Prince Dans Les Contrats Administratif en Droit Francais et en Droit egyptien, paris , L.G.D 1955 .

وبهذا التعريف أخذت محكمة القضاء الإدارى فى حكمها بتاريخ ٣٠ يونـــية ١٩٥٧ حيـــث قـــررت .. أن المقصود بنظرية فعل الأمير . هو كل إجراء تتخذه السلطات العامة ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة أو فى الالتزامات التى ينص عليها العقد ، مما يطلق عليه بصفة عامـــة «المخاطر الإدارية» وهذه الإجراءات التى تصدر من السلطة العامة قـــد تكون من الجهة الإدارية التى أبرمت العقد ، وقد تتخذ شكل قرار فردى خاص أو تكون بقواعد تنظيمية عامة(١) .

وفـــى فـــتواها عرفتها الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بأنها «إجراء خاص أو عام من جانب جهة الإدارة المتعاقدة لم يكن متوقعاً وقـــت التعاقد يترتب عليه إلحاق ضرر خاص بالمتعاقد لا يشاركه فيه سائر من مسهم هذا الإجراء(٢) .

الفرع الثانى

شروط نظرية عمل الأمير

أســـتقر الفقـــه والقضاء الإدارى سواء فى مصر أو فى فرنسا على ضـــرورة توافـــر عـــدة شـــروط لانطباق عمل الأمير . وفى حكمها بتاريخ ١٩٩٧/١٢/١٦ عـــددت المحكمـــة الإداريـــة العليا هذه الشروط كما يلى : « فـــإن قضـــاء هـــذه المحكمة مستقر على أن القضاء بأحقية المتعاقد مع الإدارة بالـــتعويض بـــناء علـــى نظرية عمل الأمير مرهون بتوافر شروط انطباق تلك النظرية وهى :

---

(١) حكمها سالف الذكر .

(٢) فتوى الجمعية العمومية بتاريخ ١٩٦٤/١١/٢٨ السنة ١٩ ص٥١ .

١- أن يكون ثمة عقد من العقود الإدارية .

٢- أن يكون الفعل الضار صادراً من جهة الإدارة المتعاقدة .

٣- أن ينشأ عنه ضرر للمتعاقد .

٤- افتراض أن الإدارة المتعاقدة لم تخطئ حين اتخذت عملها الضار فمسئوليتها عقدية بلا خطأ .

٥- أن يكون الإجراء الصادر من الإدارة غير متوقع .

٦- أن يلحق المتعاقد ضرر خاص لا يشاركه فيه من يمسه الإجراء العام[1].

وسوف نتناول هذه الشروط كما يلى : مع ملاحظة أن الشرطين الثالث والسادس هما فى الحقيقة شرط واحد .

أولاً : وجود عقد إدارى :

فإعمال نظرية عمل الأمير يجب أن تكون الرابطة التى تربط بين الإدارة والمتعاقد معها رابطة تعاقدية .

والربط بين تطبيق هذه النظرية ووجود الرابطة التعاقدية بين المضرور والجهة الإدارية أخذ به القضاء منذ بواكير أحكامه فقد ذهبت إلى ذلك محكمة القضاء الإدارى فى حكمها بتاريخ ٣ مارس سنة ١٩٥٧ إذ قررت «.. متى كان الأمر بين الشركة وبين الحكومة خارجاً عن نطاق الرابطة العقدية فإن طلب التعويض عن الأضرار التى تترتب على التشريع الجديد استنادا إلى نظرية عمل الأمير يكون على غير أساس سليم من

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ١٧٤٩ لسنة ٣٧ق - جلسة ١٢/١٦/ ١٩٩٧ الموسوعة - جـ٤٩ ص١٧٧ .

القـــانون إذ من المقرر أن المسئولية التى ترتب التعويض فى نطاق نظرية أعمـــال الأمـــير لا تقوم إلا فى حالة ما إذا كان المضرور بسبب التشريعات الجديدة تربطه بالدولة رابطة تعاقدية أثر فيها التشريع الجديد ، بأن زاد فى الأعــباء الــتى يــتحملها فى تنفيذ التزاماته بمقتضى العقد وأن تؤدى هذه الزيادة فى الأعباء المالية إلى الإخلال بالتوازن المالى للعقد»[١] .

ثانياً : أن يكون الفعل الضار صادراً من جهة الإدارة المتعاقدة :

وهــذا الشرط مقصود به تحديد نطاق تطبيق هذه النظرية وقصرها علــى حالة صدور الفعل الضار من الجهة الإدارية المتعاقدة ولم يكن الأمر كذلــك فى بدايات أعمال هذه النظرية فلقد كان ينصرف مداها نحو الأعمال التى تصدر من السلطات العامة سواء المتعاقدة أو أى سلطة أخرى .

على أن القضاء الحديث لمجلس الدولة الفرنسى قصر نطاق تطبيق هــذه الــنظرية على الأفعال التى تصدرها الجهة المتعاقدة أما ما عداها من أفعـــال يصدر عن سلطات الدولة الأخرى فأدخلها فى نطاق نظرية الظروف الطارئة كما سنرى فيما بعد .

وهـــو الأمـــر الـــذى تـــأخذ بـــه الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشـــريع ففـــى فـــتواها بتاريخ ١٩٧١/٧/١١.. «ومن حيث أنه بتطبيق المـــبادئ المتقدمة على الحالات محل البحث فإن الواضح أن زيادة الأعباء المالـــية للمقاوليـــن نجمـــت عـــن رفع التسعيرة الجبرية للحديد والأسمنت وتســـليمهم كمـــيات مـــن الحديـــد المستورد الذى لم تستلزم شروط التعاقد استخدامه بدلاً من الحديد المحلى وقد تم كل ذلك بإجراءات صادره من غير

---

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى بتاريخ ١٩٥٧/٣/٣ المجموعة س١١ ص٢٣٩ .

الجهــة المتعاقدة – وزارة الرى – فمن ثم ينتفى شرط جوهرى من شروط تطبيق نظرية فعل الأمير[١].

- والفعل أو الإجراء الذى يصدر عن الجهة المتعاقدة والذى يستوجب تطبيق عمل الأمير قد يكون فى صورة إجراء خاص يؤدى إلى تعديل مباشر فى العقد ، وقد يكون فى صورة إجراء عام يؤدى إلى تعديل شروط العقد . وذلك على التفصيل الآتى :

١- صدور عمل الأمير فى صورة إجراء خاص :

علمــنا فــيما ســبق أن اتصال العقد بنشاط مرفق عام أدى إلى أن الإدارة لا تقــف متساوية مع من يتعاقدون معها وإنما يكون لها مركز مميز مــن تجلياته أنها تستطيع أن تصدر بإرادتها المنفردة قرارات يترتب عليها تعديــل التزامات المتعاقد معها سواء بالنقص أو بالزيادة وهو ما أستوجب ضــرورة تعويض هذا المتعاقد ضماناً لوجود توازن بين التزاماته وحقوقه حتى لا يفقد مبرر استمراره فى علاقته التعاقدية مع الإدارة .

وعلــى ذلــك فإنــه إذا تدخلت الإدارة المتعاقدة بإجراء خاص بهذه العلاقة التعاقدية أدى إلى تعديل وتغيير فى التزامات المتعاقد معها أستوجب ذلك مع توافر غيره من الشروط – تطبيق نظرية عمل الأمير .

ويشــترط بصــفة أساســية لأعمال هذه النظرية فى هذا النطاق ألا يكــون القــرار أو الإجــراء الذى اتخذته الإدارة وأدى إلى تعديل التزامات المــتعاقد معهــا صحيحاً ، فإذا مثل خطأ تعاقديا أنتفى مبرر تطبيق نظرية

---

(١) فــتوى الجمعــية العمومــية لقســمى الفــتوى والتشريع بمجلس الدولة بتاريخ ١٩٧١/٧/١١ . ملف ٤٦/١/٧٨

عمـــل الأمـــير . وكـــان للمـــتعاقد مع الإدارة طلب التعويض حسب قواعد المسئولية التعاقدية عن خطأ الإدارة .

وللإجراء الخاص الذى تصدره الإدارة ويؤثر على التزامات المتعاقد صورتان .

الصورة الأولى : **تعديل شروط العقد** :

وفيها قد تزيد الإدارة التزامات المتعاقد معها أو تنقصها أو تغيرها.

أما الصورة الثانية : **أن يؤثر الإجراء فى ظروف تنفيذ العقد** :

وفـــى هذه الصورة لا يؤثر الإجراء الذى تتخذه الجهة الإدارية على شـــروط العقـــد وإنما يؤثر على الظروف المحيطة بالتنفيذ . ويؤدى بطبيعة الحال إلى تحميل المتعاقد مع الإدارة أعباء جديدة .

علـــى أنه يجدر التنبيه على أن قضاء مجلس الدولة فى فرنسا يقيد أعمـــال نظرية عمل الأمير فى هذا النطاق بطبيعة العقد ذاته .بمعنى أن ثمة عقـــود إداريـــة قد يخضع تنفيذها لظروف متغيرة تؤدى إلى زيادة أو نقص التزامات المتعاقد مع الإدارة كما هو الأمر فى بعض عقود الالتزام أو عقود التوريد . كالعقود التى يكون موضوعها توريد أغذية أو مهمات للجنود فى الجـــيش أو أدويـــة للمرضى فى المستشفيات أو المساجين فى السجون فلا يمكـــن أن تضمن الإدارة للمتعاقد معها أن تظل الأعداد محددة . فهى أعداد قابلة للزيادة والنقصان دائماً.

ومن ثم فقد رفض تعويض المتعاقد عن الأضرار التى لحقت به من جـــراء ســـحب الإدارة المســـاجين من سجن يديره مما أدى إلى نقص فى

أعدادهم[١].

كمـــا رفـــض مجلس الدولة الفرنسى تعويض الأضرار الناجمة عن ارتفـــاع الأســـعار الذى حدث نتيجة تدخل الإدارة سواء بصورة مباشرة أو غـــير مباشرة . كأن تشترى كميات كبيرة من السلع محل التعاقد مما يسهم فى رفع الأسعار .

٢- صدور عمل الأمير فى صورة إجراء عام :

فـــى الحالة السابقة كانت صورة عمل الأمير إجراء يصدر فى نطاق العقـــد أو فى محيطه الخارجى ويؤثر فى نصوص العقد ذاته أو فى ظروف تنفـــيذه . أما الصورة الماثلة هنا فهو صدور إجراء عام ويعنى ذلك صدور قوانين أو لوائح من جهة الإدارة المتعاقدة تؤدى إلى الإخلال بمركز المتعاقد معها ويضر مصالحه كأن تزيد من أعبائه أو تنقص منافعه .

ولـــم تكـــن هـــذه الصورة محل اتفاق الفقه على أحقية المتعاقد مع الإدارة فـــى الحصـــول على تعويضات على اعتبار أنها تطبيق لنظرية عمل الأمير . وذلك بدعوى أن هذه الإجراءات العامة تشمل جميع المواطنين فى الدولـــة ولا تخـــص المـــتعاقد مـــع الإدارة . وهو ما أخذ به مجلس الدولة الفرنســـى فى بعض أحكامه . فقد ذهب فى حكمه بتاريخ ٩ مارس ١٩٢٨ أن الإجـــراء العـــام الـــذى لا يوجـــه مباشـــرة إلى المتعاقد وأصابه بضرر لا يعـــوض بشرطين الأول أن يكون غير متوقع وهنا تطبق نظرية الظروف الطارئـــة لا نظـــرية عمـــل الأمير . أما الثانى فهو أن ينص فى العقد على تعويضه ، وفى هذه الحالة يستحق المتعاقد التعويض تطبيقاً للنص العقدى.

---

(١) C.E.3. Avril 1903,- Mistral – Res . p. 305 .

علــى أن جانبا آخر من الفقه يرى أن نظرية عمل الأمير تطبق فى حالة الإجراءات العامة التى تمس المتعاقد مع الإدارة وتسبب له الضرر وقد ذهبـت محكمة القضاء الإدارى فى مصر فى بعض أحكامها القليلة فى هذا المجـال إلـى أن «.. نظرية عمل الحاكم تستلزم صدور إجراءات عامة من جانب السلطات العامة»[1] .

كمـا ذهبت فى حكم آخر إلى أن « يشترط لقيام الحق فى التعويض تأسيسا على نظرية عمل الأمير أن تصدر الحكومة تشريعاً عاماً جديداً يمس مركز المتعاقد معها بضرر خاص»[2] .

والإجـراء العـام قـد يؤدى إلى تعديل شروط العقد وقد يؤثر على ظروف تنفيذه .

فمن ناحية أولى : قد يؤدى الإجراء العام إلى تعديل لشروط العقد إما بزيادة التزامات المتعاقد مع الإدارة فيؤدى إلى خسارته أو بإنقاصها فيؤدى إلى الإقلال من أرباحه .

ومـن أمثلة هذه الحالة صدور قانون يقلل من نفقات الدولة مما أثر على التزاماتها التعاقدية . كما فى حكم مجلس الدولة الفرنسى والذى صدر فـى ٢٨ أبـريل ١٩٢٨ حيـث صدر مرسوم يقضى بخفض نفقات الدولة بنسـبته ١٠% ممـا أدى إلـى أن تخفض الدولة نسبة الأقساط التى تلزم بدفعهـا إلـى المتعاقد معها فى عقد التزام مرفق سكك حديد بذات النسبة .

---

(١) محكمـة القضـاء الإدارى بـتاريخ ٢ يونـيه سنة ١٩٥٣ . المجموعة السنة ٧ ص١٣٩٧

(٢) محكمـة القضـاء الإدارى فـى حكمها فى ٣٠ يناير ١٩٥٥ المجموعة السنة ٩ ص٢٦٨ .

وتظلـم المـتعاقد مـع الإدارة مـن هذا الخفض فحكم لـه مجلس الدولة بالتعويض إستناداً إلى توافر شروط نظرية عمل الأمير[١].

علـى أنـه إذا حـدد المشرع فى إجرائه العام قانوناً كان أو لائحة طـريقة تعويض الأضرار التى تنتج عنه وحدده . فإن القضاء يلتزم بذلك أيا كانت قيمته هذه التعويضات .

ومـن ناحية ثانية : فقد يصدر الإجراء العام لكنه لا يمس شروط العقد ولكنه يؤثر على ظروف تنفيذ العقد الخارجية ، وذلك كأن يجعل التنفيذ أكثر مشـقه كلفـة للمـتعاقد مع الإدارة . وتعويض المتعاقد فى مثل هذه الحالة يعتـبر مـن قبـيل الاسـتثناء إسـتناداً إلى نظرية عمل الأمير . وإن جاز التعويض فيها إستناداً إلى نظريات أخرى .

وفـى هذا النطاق يتطلب القضاء فى بعض أحكامه أن ينال المتعاقد مـع الإدارة ضرراً خاصاً لا ينال سائر المواطنين حتى يتسنى لـه الحصول علـى الـتعويض إعمالاً لنظرية عمل الأمير وفى ذلك تقول محكمة القضاء الإدارى «.. يشـترط لقـيام الحـق فى التعويض تأسيساً على نظرية عمل الأمـير أن تصـدر الحكومة تشريعاً عاماً جديداً يمس مركز المتعاقد معها بضـرر خاص . والضرر الخاص يتحقق إذا أصاب التشريع الجديد – على الـرغم من عمومية نصوصه – المتعاقد وحده دون مجموع الشعب ، أو إذا مـا أصـابه بضـرر مـن الجسامة بحيث يتجاوز بكثير ما أصاب مجموع الشعب»[٢].

---

(١) C.E 28 Avril 1939 Chemins Defer de ouest Rev . De dreit 19 ho p .58 not jez .

(٢) حكم محكمة القضاء الإدارى بتاريخ ٣٠ يناير ١٩٥٥ – المجموعة س٩ ص٢٦٨.

ثالثاً : أن ينشأ عنه ضرر للمتعاقد :

يجب أن يترتب على الإجراء الصادر عن الجهة الإدارية المتعاقدة ضرر للمتعاقد معها . فلو لم يترتب عليه مثل هذا الضرر فإنه لا يستوجب البحث في تعويض المتعاقد مع الإدارة . وفى نطاق نظرية عمل الأمير لا يشترط فى الضرر الذى يتحقق لهذا المتعاقد أى قدر من الجسامة فقد يكون جسيماً وقد يكون يسيراً . ويستوى أن يتمثل هذا الضرر فى زيادة أعباء المتعاقد . أو فى الإنقاص من أرباحه التى أراد الحصول عليها من وراء تعاقده مع الإدارة . فهذا الضرر هو الذى يؤدى إلى اعتلال العلاقة بين المتعاقد والإدارة واختلالها مما يستدعى ضرورة تحقيق نوع من التوازن المالى بين التزامات المتعاقد مع الإدارة وحقوقه حتى لا يفقد حماسه فى تنفيذ العقد بما يعود بالضرر على سير وانتظام المرفق .

ويجب أن يكون الضرر خاصاً أى يصيب المتعاقد مع الإدارة وحده بالضرر ، فإن كان الضرر يصيب العموم فلا وجه لانطباق نظرية عمل الأمير ، وهو ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا فى حكمها بتاريخ ١٩٩٧/١٢/١٦ «.. ومن حيث أنه لما سبق ونظراً لأن الثابت من الأوراق أن الزيادة التى طرأت فى أسعار مواد البناء لم تتولد عن الجهة الإدارية المتعاقدة وهى مديرية الإسكان بمحافظة سوهاج وهى إحدى الجهات التابعة لمحافظة سوهاج هذا فضلا عن أن الضرر الذى تدعيه الشركة نتيجة زيادة الأسعار ليس ضرراً خاصا بتلك الشركة بحسبان تلك الزيادة قد تم سريانها على جميع التعاقدات سواء فى النطاق الإدارى أو نطاق تعاملات الأفراد وبالتالى فلا تكون شروط انطباق نظرية عمل الأمير متحققة بالنسبة للنزاع

المائل الأمر الذى يتعين معه القضاء برفض هذا الطلب»[1].

رابعاً : تفترض نظرية عمل الأمير عدم خطأ الإدارة :

فالإدارة حين اتخذت الإجراء الذى أدى إلى الإضرار بمركز المتعاقد معهـــا لـــم تخطئ . فنظرية عمل الأمير تفترض عدم خطأ الإدارة فإذا ثبت خطأ الإدارة فإن مسئوليتها تكون مسئولية عقدية .

فالـــرابطة العقدية لا تقيد الإدارة باعتبارها سلطة عامة تهدف إلى تحقـــيق المصـــلحة العامة . وعليها أن تتخذ كل الإجراءات التى تحقق ذلك حـــتى لـــو ترتب على ذلك اختلال الروابط العقدية التى تربطها بمن يتعاقد معها .

خامساً : يجب أن يكون الإجراء الصادر من الإدارة غير متوقع :

ويعتـــبر هذا الشرط شرطاً عاماً فى جميع النظريات التى تسعى إلى أقامـــه التوازن المالى فى العقد الإدارى وهى إلى جانب نظرية عمل الأمير نظرية الظروف الطارئة ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة . فإذا كان هـــذا الإجراء متوقعاً فى إطار نصوص العقد الصريحة أو ما تؤول إليه من تفسير ، فإن الأمر لا يخرج عن تفسير العقد وتطبيق نصوصه ولا حاجة إذا لنظرية عمل الأمير .

وقـــد فصـــلت محكمة القضاء الإدارى فى حكمها بتاريخ ٣٠ يونيه سنة ١٩٥٧ هذا الشرط كما يلى «.. ومن شروط تطبيق نظرية عمل الأمير أن يكون الإجراء أو التشريع الجديد غير متوقع الصدور وقت التعاقد ، فإذا

---

(١) حكم محكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٩٩٧/١٢/١٦ الطعن رقم ١٧٤٩ لسنة ٣٧ق عليا الموسوعة الجزء ٤٩ ص١٧٧ .

مـــا توقعته نصوص العقد فإن المتعاقد مع الإدارة يكون قد أبرم العقد وهو مقــدر لهذه الظروف الأمر الذى يترتب عليه تعذر الاستناد إلى نظرية فعل الأمير»[1] .

وإذا كان توقع الإجراء أو عدم توقعه قد يتحقق بالنسبة للإجراءات العامـــة ، فبالنسبة للإجراءات الخاصة فإن الأمر يدق أحيانا . فالإدارة لها ســلطة تعديــل العقــد الإدارى ولو لم يثبت ذلك فى العقد ، ومن المفترض أيضا علم المتعاقد بذلك وتوقعه . على أن هذا العلم والتوقع لا ينصرف إلى أصل الحق وإنما إلى حدوده ومداه ومدى تأثيره على اقتصاديات العقد.

الفرع الثانى

الآثار المترتبة على تطبيق نظرية عمل الأمير

يترتــب على نظرية عمل الأمير جبر الأضرار التى لحقت بالمتعاقد مـــع الإدارة وذلــك بتعويضـــه . ويعتــبر الحصول على التعويض النتيجة الرئيسية لنظرية عمل الأمير على أن هناك نتائج أخرى فرعية كما يلى :

١ - للمتعاقد مع الإدارة أن يتحلل من التزامه بتنفيذ العقد إن ترتب علـــى الإجـــراء الصـــادر عن الجهة الإدارية استحالة التنفيذ ، كأن تصدر الإدارة قراراً بإلغاء استيراد سلعة معينة يتعهد المتعاقد بتوريدها .

٢ - حــق المـــتعاقد مع الإدارة فى أن تعذره الإدارة فى حالة تأخره عــن تنفــيذ التزاماته الناتج عن الإجراء الذى صدر عن الإدارة ، ويترتب

---

(١) محكمة القضاء الإدارى بتاريخ ٣٠ يونيه ١٩٥٧ ق ٩٨٣ لسنة ٧ق سابق الإشارة إليها .

على ذلك عدم تحصيل الغرامات التى ترتبت على التأخير فى تنفيذ العقد .

٣- حق المتعاقد فى فسخ العقد إن ترتب على عمل الأمير استحالة تنفيذ المتعاقد لالتزامه فى العقد الإدارى .

على أنه يبقى أن التعويض هو النتيجة الرئيسية لنظرية عمل الأمير ومن ثم يجب البحث فى أساسه وكيفية تقديره وذلك كما يلى :

أولاً : أساس التعويض :

يـــتردد الفقه بين أساسين للتعويض الناتج عن تطبيق نظرية عمل الأمـــير . فالـــبعض يسنده إلى فكرة التوازن المالى للعقد الإدارى والبعض الآخر يرى إسناده إلى المسئولية التعاقدية للإدارة .

والحق أن التعويض فى مثل هذه الحالة إنما مرده مسئولية تعاقدية أى ناتجـــة عن العقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد معها وإنما هى مسئولية بلا خطأ فالإدارة لم تخطئ حين اتخذت الإجراء الذى أخل بمركز المتعاقد فى العقـــد الإدارى . وهـــى مســـئولية تهـــدف إلى تحقيق التوازن المختل بين التزامات المتعاقد مع الإدارة وحقوقه حتى يستمر فى تنفيذ التزاماته .

ثانياً : كيفية تحديد التعويض ومداه :

إذا تحققـــت شـــروط نظـــرية عمـــل الأمير فإن المتعاقد مع الإدارة يســـتحق فـــى هـــذه الحالة تعويضا كاملاً . وهو يشمل ما فات المتعاقد من كســـب ومـــا لحقه من خسارة . فالتعويض يشمل كافة النفقات والمصاريف الإضـــافية الـــتى تكبدها المتعاقد معها وكذلك يشمل ما كان يتوقع أن يجنيه المـــتعاقد من أرباح . وفى حكمها بتاريخ ١٩٥٧/٦/٣٠ حددت قواعد هذا التعويض بقولها «أن القاعدة بالنسبة للتعويض على أساس التوازن المالى

للعقــد ... أنه إذا لم يكن مقداره متفقا عليه فى العقد ، فإن جهة الإدارة لا تملــك أن تســتقل بــتقديره . بل يقدره قاضى العقد اعتبارا بأنه ينشأ عن تكالــيف غــير متوقعة ، وأن كل ما هو غير متوقع يعتبر خارجاً عن نطاق العقد ، فلا تطبق عليه شروطه . ولتعبير «عدم التوقع فى هذه الخصوصية معــنى خــاص بها وهو أن التكاليف الزائدة التى تلقى على عائق المتعاقد تعتــبر غــير مــتوقعة ما دام أنها ليست جزءاً من الاتفاق ، بمعنى أنه لا يقابلهما فى شروط العقد أى تقدير . والمحكمة إنما تقدر هذا التعويض طبقا للقواعــد المقررة فى القانون الإدارى فى هذا الشان وهو يشمل عنصرين : الأول مــا لحــق المــتعاقد من خسارة . ويتضمن هذا العنصر المصروفات الفعلــية الــتى أنفقها المتعاقد . وهذه المصروفات تختلف باختلاف الأحوال وطبــيعة الــتعديل ونــتائجه ومــثال ذلك ما إذا طلبت الإدارة سرعة إنجاز الأعمــال ، فــإن ذلك قد يؤدى إلى زيادة التكاليف على المتعاقد بدفع أثمان مــرتفعة أو زيــادة فى أجور الأيدى العاملة . كما أنه من الجائز أن يترتب علــى تعديل العقد أثناء تنفيذه خسائر متنوعة . وفى هذه الحالة يجب على جهــة الإدارة أن تعرض المتعاقد مع الإدارة على ما فاته من كسب اعتباراً بأن من حقه أن يعوض عن ربحه الحلال عن عمله ورأس ماله»[1] .

---

(١) محكمة القضاء الإدارى بتاريخ ٣٠م٦/١٩٥٧ ساق الذكر .

المطلب الثانى

نظرية الظروف الطارئة
Théorie de l'imprévision

الفرع الأول

مفهوم النظرية

إذا كانت نظرية عمل الأمير تحقق التوازن المالى فى العقد الإدارى فـــى مواجهـــة إجراءات صدرت من جهة الإدارة المتعاقدة ونتيجة لظروف صـــنعتها وأثرت على تنفيذ العقد الإدارى بأن أصبح مرهقا للمتعاقد معها . فـــإن نظرية الظروف الطارئة تحقق هذا التوازن فى مواجهة ظروف ليست من صنع الإدارة .

فـــنظرية الظروف الطارئة تواجه ظروفا وحوادث غير متوقعة عند إبـــرام العقد وأدت إلى أن أصبح تنفيذ الالتزام مرهقا للمتعاقد مع الإدارة أو بمعـــنى آخـــر فإنـــه أدى إلـــى قلب اقتصاديات العقد . وتؤدى إلى خسارة المـــتعاقد خســـارة غير محتملة . ففى مثل هذه الحالة من حق المتعاقد مع الإدارة أن يطالبها بتعويضه جزئيا عن هذه الخسارة .

ونظـــرية الظـــروف الطارئة أنشأها مجلس الدولة الفرنسى وصاغ مـــبادئها . وفـــى مصر نصت المادة السادسة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ علـــى الأخذ بهذه النظرية فى إطار عقد الالتزام كما يلى «إذا طرأت ظروف لم يكن من المستطاع توقعها ولا يد لمانح الالتزام أو الملتزم فيها ، وأفضت إلى الإخلال بالتوازن المالى للالتزام أو إلى تعديل كيانه الاقتصادى كما كان مقدراً وقت منح الالتزام جاز لمانح الالتزام أن يعدل قوائم الأسعار

وإذا اقتضـــى الحـــال أن يعدل أركان تنظيم المرفق العام وقواعد استغلاله ، وذلك لتمكين الملتزم من أن يستمر فى استغلاله أو لخفض الأرباح الباهظة إلـــى القـــدر المقـــبول» . ويمـــثل هذا النص أساساً تشريعياً للأخذ بنظرية الظروف الطارئة فى مصر وإن اقتصر الأمر فى نطاق عقد الالتزام . ثم بعد ذلك نص عليها القانون المدنى فى المادة ١٤٧ منه كما يلى :

١- العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون .

٢- ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة ، لم يكن فى الوسع توقعهـــا ، وترتـــب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وإن لم يصبح مستحيلا جاء مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسائر فادحة ، جاز للقاضى تبعا للظـــروف بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك » .

وبهذا النص التشريعى أصبح تطبيق نظرية الظروف الطارئة شاملاً العقود الإدارية والمدنية على السواء .

وعـــند اختصاص مجلس الدولة بنظر منازعات العقود الإدارية أخذ بهذه النظرية وجعلها من المبادئ الرئيسية التى تحكم تنفيذ العقود الإدارية. وفـــى حكمهـــا بتاريخ ٣٠ يونيه سنة ١٩٥٧ تناولت المحكمة هذه النظرية بالتفصيل كما يلى :

«إن القضـــاء الإدارى قـــد خـــرج من نطاق تطبيق قاعدة القانون الخـــاص أن العقـــد شـــريعة المتعاقدين وأنه شريعة اتفاقية وأن العقد يلزم عاقديـــه بمـــا يرد الاتفاق عليه متى وقع صحيحاً خرج القضاء الإدارى من نطـــاق تطبـــيق هـــذه القاعدة إلى مبدأ الطوارئ غير المتوقعة أو الظروف

الطارئــة استجابة لحاجة ملحة تقتضيها العدالة وبما أدخله من مرونة على مبدأ العقد الملزمة فى نطاق القانون الإدارى وهو مبدأ لا يطبق كما هو فى العقــود المدنــية ، بــل يطــبق تطبيقاً مرناً فى شأن كل من جهتى الإدارة والمــتعاقد معها تأسيساً على أنه إذا كانت هذه المرونة تطبق لصالح جهة الإدارة فــى بعض الظروف لتحقيق المصلحة العامة ، فإنه من الطبيعى أن تطبق لصالح المتعاقد معها فى ظروف أخرى ... وقد كانت نظرية الطوارئ غــير المتوقعة أو الظروف الطارئة من ابتكار القضاء الإدارى وأخذ يطبقها بإطــراد علــى جميع العقود الإدارية . وقد أقام الفقه والقضاء الإدارى هذه الــنظرية إلــى جانب النظرية التقليدية للقوة القاهرة دون أن تكون صورة مــنها .وإذا كــان الطــارئ غير المتوقع منتظمة – كالقوة القاهرة – فكرة المفاجأة والحتم إلا أنه يختلف عنها فى أثره فى تنفيذ الالتزام فهو لا يجعل هــذا التنفــيذ مستحيلا . بل يجعله مرهقا يجاوز السعة دون أن يبلغ به حد الاســتحالة . يســتتبع ذلك قيام فارق آخر يتصل بالجزاء ، فالقوة القاهرة تفضى إلى انقضاء الالتزام وعلى هذا النحو يتحمل الدائن للمدين فى تبعته. كمــا أن نظــرية الطوارئ غير المتوقعة ليست على وجه الإجمال إلا بسطه فــى نطــاق نظرية الاستغلال أو الغبن الذى يقع لاحقا لانعقاد العقد . وهى أيضــاً ضــرباً من ضروب التوازن بين تنفيذ الالتزام التعاقدى تنفيذاً عينيا وتنفــيذه عــن طريق التعويض . كما أن تطبيقها يخرج بالقاضى من حدود المــألوف فــى رسالته فهو لا يقتصر على تفسير التعاقد بل يجاوز ذلك إلى تعديله .

ومفــاد نظــرية الطوارئ غير المتوقعة أو الظروف الطارئة حسبما وضــع أصولها وقواعدها الفقه والقضاء الإدارى ، إنه إذا حدث أثناء تنفيذ العقــد الإدارى أن طــرأت ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد

فقلبـت اقتصادياته ، وإذا كان من شأن هذه الظروف أو الأحداث أنها تجعل تنفـيذ العقد مستحيلا بل أثقل عبئا وأكثر كلفة مما قدره المتعاقدان التقدير المعقـول وإذا كانـت الخسـارة الناشئة عن ذلك تجاوز الخسارة المألوفة العاديـة التى يحتملها أى متعاقد إلى خسارة فادحة استثنائية وغير عادية ، فـإن من حق المتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الأخر مشاركته فى هذه الخسـارة التى تحملها فيعوضه تعويضا جزئيا وبذلك يضيف إلى التزامات المـتعاقد معه التزاما جديداً لم يكن محل اتفاق بينهما ... ومن هنا تختلف هـذه النظرية عن نظرية التوازن المالى للعقد من ناحية أن نظرية التوازن المـالى للعقـد تقوم على مقابلة الحق المعترف به لجهة الإدارة فى تعديل العقد الإدارى للمصلحة العامة بإصلاح ما يحدث للعقد الذى هو طرف فيه ، أمـا فى نظرية الظروف الطارئة فإنه بالرغم من أن الضرر الذى يقع يرجع إلى سبب غريب عن جهة الإدارة وغالبا ما يكون حادثا أو ظرفا اقتصاديا – فـإن العقد يظل قائما وموجوداً كما هو ، هذا من ناحية . ومن ناحية أخرى فإن التعويض تأسيساً على نظرية التوازن المالى للعقد يكون تعويضاً كاملاً عـن جمـيع الأضرار التى تصيب المتعاقد . أما فى حالة الظروف الطارئة فإنه يكون مقصوراً على معاونة ومساهمة فى مقدار الضرر»[1] .

الفرع الثانى

شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

أجملـت محكمة القضاء الإدارى فى حكمها السابق بجلسة ٣٠يونيه ١٩٥٧ شروط تطبيق هذه النظرية كما يلى « ... ويجب لاستحقاق المتعاقد

---

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى بتاريخ ٣٠ يونيه ١٩٥٧ سابق الإشارة إليه .

مع جهة الإدارة هذا التعويض عن الأعباء الخارجية عن العقد توافر شروط ثلاثـــة : هى **أولاً** : أن يكون الحادث – أو الظروف – أجنبيا عن المتعاقدين أى مستقلا عن إرادتهما ولا دخل لهذه الإرادة فى وقوعه . ثانياً : أن يكون الظـــرف او الحادث مما لا يمكن توقعه عادة ولم يكن فى حسبان المتعاقدين ونيـــتهما المشـــتركة عند إبرام العقد . ويقتضى الشرط البحث فى عناصر ثلاثـــة : **أولهما** طبـــيعة الحادث أو الظرف نفسه كأن يكون مثلاً من الأمور الاقتصـــادية كارتفـــاع الأجور وأثمان المواد الأولية .. ثم أهمية الحادث أو الظـــرف الاســـتثنائى لأن التعويض لا يستحق إلا إذا كان ارتفاع الأثمان أو الأجـــور الحد الذى لا يطيقه المتعاقد أو مالا يستطيع مواجهته ويترتب عليه أعـــباء إضـــافية لا يســـتطيع احتمالها . **والثانى** : عنصر الزمن أى تحديد الوقـــت الذى أبرم فيه العقد للتحقق مما إذا كان المتعاقدان يتوقعان فى هذا الـــتاريخ أن ستنقلب اقتصاديات العقد أم لا . **ثالثاً** : أن التعويض لا يستحق إلا إذا انقلبـــت اقتصاديات العقد ، بمعنى أن يترتب على تنفيذ العقد خسارة تـــتجاوز فداحـــتها الخسارة العادية المألوفة التى يتحملها أى متعاقد أثناء التنفيذ » .

وهـــو مـــا أكدته المحكمة الإدارية العليا فى حكمها بتاريخ ١١/٥/ ١٩٦٨ إذ ذهبت إلى أن «تطبيق نظرية الحوادث الطارئة فى الفقه والقضاء الإدارى رهين بأن تطرأ خلال تنفيذ العقد الإدارى حوادث أو ظروف طبيعية كانت أو اقتصادية من عمل جهة إدارية غير الجهة الإدارية المتعاقدة أو من عمـــل إنسان آخر لم تكن فى حسبان المتعاقد عند إبرام العقد ولا يملك لها دفعـــا ، ومـــن شأنها أن تنزل به خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اخـــتلالا جسيما ومؤدى تطبيق هذه النظرية بعد توافر شروطها إلزام جهة الإدارة المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها فى احتمال نصيب من الخسارة التى

أحاقــت بـــه طوال فترة الظروف الطارئة وذلك ضمانا لتنفيذ العقد الإدارى واســتدامة لسير المرفق العام الذى يخدمه ، ويقتصر دور القاضى الإدارى على حكم بالتعويض المناسب دون أن يكون له تعديل الالتزامات العقدية»(١) .

وفى حكمها بتاريخ ١٩٩٧/١٢/١٦ رددت المحكمة ذات المعانى فى حكمها «.. فإنه من المستقر عليه أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة رهينة بأن تطرأ خلال تنفيذ العقد الإدارى حوادث طبيعية كانت أو اقتصادية أو من عمــل جهة إدارية غير الجهة الإدارية المتعاقدة أو من عمل إنسان آخر لم تكــن فى حسبان المتعاقد عند إبرام العقد ولا يملك لها دفعا ومن شأنها أن تنزل به خسائر فادحة تخل معها باقتصاديات العقد إخلال جسيماً»(٢) .

وعلــى ذلــك فإن شروط تطبيق هذه النظرية تتطلب توافر شرطين يــتعلق الأول بالظروف الطارئة التى تحدث والثانى يتعلق بمدى تأثير هذه الظروف على اقتصاديات العقد . وسوف نبحث كل منهما كما يلى :

الشرط الأول : حدوث ظرف طارئ :

وحدوث هذا الظرف الطارئ هو الشرط الأساسى الذى يبرر اللجوء إلى هذه النظرية والتى سميت به . ونعنى به الحادث الذى يطرأ خلال تنفيذ العقد فيؤدى إلى اختلال واضطراب فى شروطه التى أتفق عليها المتعاقدان بمـــا يجعل التزامات أحدهما أكثر مشقة وتنزل به خسائر فادحة لا يستطيع وحده لها دفعا .

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٩٦٨/٥/١١ طعن رقم ١٧٤٩ لسنة ١٠ق – الموسوعة جزء ١٨ ص٨٩٣ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٩٩٧/١٢/١٦ الطعن رقم ١٧٤٩ لسنة ٣٧ق الموسوعة جـــ٤٩ ص١٧٤ .

ويـــثور التساؤل فى إطار هذا الشرط عن طبيعة الظرف الاستثنائى ووقت وقوعه .

طبـيعة الظـرف الاســتثنائى :هـــل يشــــترط فـــيه أن يكون من طبيعة اقتصـــادية ؟ . هـــذا ما ذهب إليه البعض تأسيسا على تحديد مجال نظرية الظـــروف الطارئـــة بالعمل على درأ المخاطر الاقتصادية التى يتعرض لها المتعاقد مع الإدارة . أما نظرية عمل الأمير فتواجه المخاطر الإدارية ويبقى بعـــد ذلـــك المخاطر الطبيعية والتى تواجهها نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة .

علـــى أن الفقه الحديث رغم تسليمه بالأسس التى ينهض عليها هذا التقسيم إلا أنه ينطلق نحو توسيع نطاق الظرف الطارئ ليشمل كل الأسباب الـــتى تـــؤدى إلى اختلال العلاقة الاقتصادية فى العقد ويؤدى إلى أن يصبح الإصـــرار على تنفيذه بصورته إرهاق للمتعاقد مع الإدارة . وعلى ذلك فكل حادث طارئ يؤدى إلى قلب اقتصاديات العقد واختلالها اختلالاً جسيما يمكن أن يؤدى إلى تطبيق هذه النظرية .

وعلـــى ذلـــك فإن الظرف قد يكون اقتصادياً وقد يكون طبيعياً وقد يكون من عمل جهة إدارية غير الجهة العاقدة .

وهـــو مـــا تقضى به أحكام القضاء الإدارى سواء فى فرنسا أو فى مصر .

فقـــد ذهبـــت المحكمـــة الإدارية العليا فى حكمها بتاريخ ١٢/١٦/ ١٩٩٧ إلـــى أن «نظرية الظروف الطارئة رهينة بأن تطرأ خلال تنفيذ العقد الإدارى حـــوادث طبيعـــية كانت أو اقتصادية أو من عمل جهة إدارية غير الجهة الإدارية المتعاقدة أو من عمل إنسان آخر لم تكن فى حسبان المتعاقد

عند إبرام العقد» .

وهـــو ما يسير عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسى . فقد اعتبر من قبـــيل الظـــروف الطارئـــة الإجراءات العامة التى تصدر عن سلطات الدولة المخـــتلفة مثل القوانين واللوائح ، كالقوانين التى تزيد فى الضرائب القائمة أو تفرض ضرائب جديدة . أو قوانين التعامل بالنقد لتخفيض سعر العملة أو منع التعامل بعملة معينة .

وفـــى مصـــر ذهب قسم الرأى مجتمعا فى فتواه بتاريخ ١٧ يوليو ١٩٥٤ إلـــى أن «يعتبر قرار مجلس الوزراء الصادر بتخفيض قيمة الجنية المصـــرى بالنسبة إلى الدولار حادثاً استثنائيا عاماً فى حكم المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى»(١).

وقـــد يكـــون هـــذا الظرف من الظواهر الطبيعية . كقيام الحرب أو الكـــوارث الطبيعية . وهو ما ذهبت إليه محكمة القضاء الإدارى فى حكمها بـــتاريخ ٣٠ يونـــيه ١٩٥٧ (٢)« لا شـــبهة فـــى أن قيام الحرب يعتبر من الحـــوادث الاســـتثنائية العامـــة الخارجية التى لم يكن فى الوسع توقعها .، والـــتى يترتب عليها أن إذا أصبح تنفيذ الالتزام أشد إرهاقاً وأكبر كلفة كان للمتعاقد مع الإدارة مطالبتها بالمساهمة معه فى تحمل النتائج المترتبة على ازدياد الأعباء الناشئة عن تلك الظروف» .

وممـــا ســـبق يتضـــح سعة الظروف الطارئة وتنوعها فمن الصعب تحديدها بقالب محدد .

---

(١) سبق ذكره .

(٢) سبق ذكره .

ومن ناحية ثانية : فإن وقت وقوع الظرف الاستثنائى يجب أن يكون بعد تمام العقد وخلال تنفيذه . فأما عن اشتراط وقوعه بعد إبرام العقد فذلك أمر منطقى . فإذا وقع الحادث الطارئ قبل إبرام العقد فإن الطرف الذى يريد إبرام العقد مع الإدارة يستطيع أن يمتنع عن ذلك . فإذا ما قبل إبرامه مع وجود هذا الحادث فلا يكون طارئاً ومن ثم لا تطبق هذه النظرية .

وعلى ذلك يشترط أن يقع الظرف الطارئ خلال تنفيذ العقد وقبل تمامه بطبيعة الحال . لأن تمام تنفيذ العقد يؤدى إلى انتهاء العقد .

وإذا كانت نظرية الظروف الطارئة مسلم أنها تطبق على جميع العقود الإدارية فإن تطبيقها فى العقود الإدارية الكبرى الالتزام والإشغال العامة والتوريد أكثر وذلك لأن هذه العقود فى الغالب تتطلب وقتاً طويلاً فى تنفيذها .

ويثور تساؤل عن مدى تأثير هذه الظروف إذا وقعت أثناء التنفيذ ولكن بعد فوات المواعيد المحددة فى العقد لتمام هذا التنفيذ ؟ . فى هذه الحالة لا يخرج الأمر عن فروض ثلاثة:

الأول : أن يكون التأخير من قبل المتعاقد مع الإدارة ، فهو إذا يمثل خطأ هذا المتعاقد الذى تقاعس عن تنفيذ التزاماته بغير مبرر مشروع حتى وقعت واقعة الظرف الطارئ . فيبقى هو مسئولاً عن ذلك فضلاً عن مسئوليته العقدية عن تأخره فى التنفيذ .

وهو ما ذهبت إليه الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع فى فتواها « فإذا توقف المتعاقد عن تنفيذ العقد المبرم بينه وبين جهة الإدارة بعد أن نفذ جزءاً منه فإن دواعى تطبيق الظروف الطارئة تتخلف بالنسبة له إذ كان يتعين عليه أن يستمر فى التنفيذ حتى يحتفظ بحقه فى المطالبة

بتطبيق تلك النظرية أن توافرت شروط إعمالها[١].

وفـــى حكمها بتاريخ ١٩٨٢/١١/٢٠ ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلـــى « المدعـــى عليه أخذ فى تنفيذ العملية المقرر لها ثلاثة أشهر ونصف شـــهر حوالـــى ســـنة وتسعة أشهر ولم يكن قد أنجز من العملية حتى يوم سحب العملية منه فى ١٩٧٥/٩/٢٢ إلا حوالى ٩٠% من مجموع الأعمال الـــتى تتألف منها المقاولة ولئن كان تنفيذ الأعمال المتبقية على حسابه قد أسفر عن زيادة فى الأسعار بلغت ١٩٥% للأعمال العادية ٢٦٠% للأعمال الصـــحية ٢٨٠٠% للأعمال الكهربائية – إلا أن هذه الزيادات لا تنسب إلى ظـــروف حـــرب أكـــتوبر ســـنة ١٩٧٣ إذ يتعين فى المقام الأول أن تطرأ الحـــوادث الاستثنائية العامة خلال مدة تنفيذ العقد الإدارى وأن تكون خلال تلـــك المدة وليس بعدها – مؤثرة فى التزامات المتعاقد مع الإدارة ولم يثبت مـــن الأوراق أن الأســـعار ارتفعـــت فيما بين إبرام العقد مع المدعى عليه ونهاية مدة التنفيذ المتفق فيه فى يوم ١٩٧٣/١٢/٣٠ وكان من المعروف للكافـــة أن الأســـعار لـــم ترتفع من جراء حرب أكتوبر سنة ١٩٧٣ إلا بعد مضـــى أكـــثر من سنة كاملة على انتهائها .. لذلك يتعين الحكم بأن ظروف حـــرب أكتوبر سنة ١٩٧٣[٢] لا تشكل بالنسبة للعقد محل المنازعة حوادث استثنائية » .

الـثانـى : أن يكون التأخير من قبل المتعاقد ولكن الإدارة وافقت على

---

(١) الجمعـــية العمومـــية لقسمى الفتوى والتشريع : جلسة ١٩٨٠/٢/٦ ملف ٢/٣٢/ ٧٠٢ الموسوعة جزء ١٨ ص٩٠٢ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٩٨٢/١١/٢٠ طعنى رقم ٨٤٣ ، ٩٢٢ لسنة ٢٦ق الموسوعة جـ١٨ ص٩٠٤ .

امتداد تنفيذ العقد بناء على طلب المتعاقد . فى مثل هذه الحالة تطبق نظرية الظروف الطارئة وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا فى حكمها بتاريخ ٩/٦/ ١٩٦٢ إلــى أن « مقتضــى نظــرية الحــوادث الطارئة إلزام جهة الإدارة بمشــاركة الشــركة المتعاقدة فى هذه الخسارة ضمانا لتنفيذ العقد الإدارى تنفيذا سليما ويستوى أن يحصل التنفيذ من الشركة نفسها أو تقوم به جهة الإدارة نــيابة عــنها والشــراء على حسابها كما أن تطبيق هذه النظرية لا يعفــى الشركة من غرامة التأخير والمصاريف الإدارية وأنه يجب أن يؤخذ فــى الاعتبار عند توزيع الخسارة بين الشركة والوزارة الظروف التى إبرم فــيها العقد من ارتفاع مفاجئ فى أسعار الزئبق بسبب تهافت الدول الكبرى على شرائه واستمرار هذا الارتفاع طوال مدة التنفيذ وما بذلته الشركة من محاولات للحصول على الزئبق بثمن محتمل وطلباتها المتعددة لإعفائها من الــتوريد وقيام الحكومة نيابة عنها بالشراء على حسابها بعد انتظار طويل حتى بلغت الأسعار أقصاها فى الارتفاع» [1].

الثالــث : أن يكــون التأخــير فى التنفيذ راجعاً إلى الإدارة ذاتها أو بســببها . وفــى هذه الحالة لا جدال فى أن الإدارة تتحمل نتيجة ذلك ، فهو خطئها . ولا يكون هنا مبرر لتطبيق نظرية الظروف الطارئة بل يجب أعمال نظرية عمل الأمير وهو ما يضمن للمتعاقد معها الحصول على تعويض كامل .

ويشــترط فــى الظــرف الطارئ شرطان أساسيان : يتعلق الأول : منهما بضرورة أن يكون غير متوقع ولا يمكن دفعه . أما الثانى : فيجب أن يكون خارجاً عن إرادة المتعاقد . وذلك على التفصيل التالى :

---

(١) حكــم المحكمــة الإداريــة العليا بتاريخ ٩/٦/١٩٦٢ طعن رقم ٣١٥٠ لسنة ٦ق الموسوعة جـ١٨ ص٩٠٠ .

١ - ضرورة أن يكون الظرف الطارئ غير متوقع ولا يمكن دفعه :

واشــتراط عــدم توقــع الظرف الطارئ أمر منطقى . وذلك أن كل علاقــة تعاقديــة لا تخلو من مخاطر متوقعة قد تؤثر على مركز طرفيها أو تغــير من حساباته . فهذه المخاطر التى يمكن حدوثها كالزيادة المعقولة فى الأســعار لا يمكــن أن تكــون ظرفاً طارئا مما يبرر التدخل بتعويضه عما أحدثته هذه المخاطر . فضلا عن أن هذه المخاطر لا يمكن لها أن تؤدى إلى قلب أو تغيير فى المعادلة الاقتصادية للعقد الإدارى .

وعلى ذلك فإن الظرف الطارئ الذى تتطلبه نظرية الظروف الطارئة يعــنى الظــرف الذى يكن فى حسابات المتعاقد حين أبرم عقده مع الإدارة كالحــرب والكــوارث الطبيعية أو قرار الحكومة بمنع استيراد سلعة يلتزم بــتوريدها أو تخفــيض قــيمة العملــة فكل هذه ظروف طارئة لم تكن فى حسابات المتعاقد مع الإدارة وقت إبرام العقد .

وفــى تحديــد هــذا المعنى تقول المحكمة الإدارية العليا فى حكمها بــتاريخ ٩ يونيه ١٩٦٢ «أن الارتفاع الباهظ فى أسعار الزئبق ، إن صح أنه كان متوقعا بالنسبة إلى العقد الثانى ، فإن مدى هذا الارتفاع لم يكن فى الوســع توقعه بالنسبة لذلك العقد ، فقد كان السعر وقت التعاقد بالنسبة إلى العقــد الأول جنيه و ٦٠٠ مليم بالنسبة للكيلو فأصبح وقت التعاقد بالنسبة إلى العقد الثانى ٢ جنية و ٨٨٠ مليما ثم أصبح وقت الشراء ٤ جنيه و٥٠ مليما ومن ثم فإن نظرية الحوادث الطارئة تنطبق على هذه الحالة ..»[١].

وعلــى ذلــك فــإن توقع المتعاقد مع الإدارة مجرد حدوث الظرف

---

(١) سابق الإشارة إليه .

الطارئ لا يمنع من انطباق نظرية الظروف الطارئة فى حالة ما إذا كان هذا الحدوث قد بلغ مدى بعيداً . وفى ذلك ذهب قسم الرأى مجتمعا فى فتواه إلى أن « يعتـبر قـرار مجلس الوزراء الصادر بتخفيض قيمة الجنيه المصرى بالنسـبة إلـى الـدولار حادثـا استثنائياً عاماً فى حكم المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى إذ لم يكن فى وسع المتعاقدين توقعه حين إبرام العقد . ومع التسـليم الجدلى بأنه كان مفروضا على المتعهد أن يتوقع التجاء الحكومة إلـى خفـض قـيمة العملـة المصرية فإن مدى هذا التخفيض لم يكن من المسـتطاع التكهـن بـه . ومن ثم فإنه يحتمل أن تكون نتائج هذا الإجراء ومدى تأثيره فى التوازن المالى للعقد قد جاوزت ما كان مفروضاً أن يتوقعه المتعهد حين العقد . وفى الحالتين إن كانت خسارة المتعهد من هذا الإجراء قـد جعلـت تنفـيذ التزامه أمراً مرهقاً مهدداً لـه بخسارة فادحة كان على الطرف الآخر أن يشاركه فى تلك الخسائر بالقدر الذى يحد منها ويردها إلى الحد المعقول»[1] .

٢- ان يكون الظرف الطارئ خارجاً عن إرادة المتعاقد :

فيجـب لكى يستحق المتعاقد مع الإدارة التعويض أن تكون العلاقة بيـنه وبين الظرف الطارئ الذى أصابه بالضرر مقطوعة تماماً . فإذا كان ثمـة ارتـباط بينه وبين حدوث هذا الظرف على أى وجه فإن هذه النظرية وما ترتبه من آثار لا تنطبق فى هذه الحالة .

فـإذا تسـبب المتعاقد فى حدوث هذا أو شارك فى أحداثه كأن تأخر فى تنفيذ التزامه أو أهمل فى ذلك فإن حدوث هذا الظرف الطارئ لا يستتبع تعويض المتعاقد بناء على نظرية الظروف الطارئة .

---

(١) فتوى قسم الرأى مجتمعا بمجلس الدولة بتاريخ ١٩٥٧/٧/١٧ برقم٣٦٠ ص٨٩٦.

الشرط الثانى : مدى تأثير الظرف الطارئ على العقد الإدارى :

لا يكفـــى حـــدوث الظرف الطارئ حتى يستحق المتعاقد مع الإدارة التعويض ، وإنما يجب أن يؤدى هذا الظرف إلى قلب اقتصاديات العقد على حد تعبير محكمة القضاء الإدارى .

فنظرية الظروف الطارئة لا تطبق إلا إذا أصبح استمرار المتعاقد مع الإدارة فـــى تنفـــيذ العقد أشبه بالكارثة التى أحاطت به من كل جانب . فلا يكفـــى أن يفقـــد ما عساه أن يجنيه من أرباح كلها أو بعضها وإنما علاوة علـــى ذلك أحاطت به خسارة ماحقة تؤدى إلى الأضرار بموقفه المالى مما يؤثـــر علـــى اســـتمرار فى تنفيذ العقد الإدارى .وعلى ذلك فإن هذا الظرف الطـــارئ يؤدى إلى أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا إرهاقاً شديداً للمتعاقد مع الإدارة. وقـــياس مدى تأثير الظرف على اقتصاديات العقد إنما يقاس بقدرة المـــتعاقد على تحمل هذه الخسائر أو عدم تحملها فهو ليس معياراً جامداً . بل يختلف تطبيقه من متعاقد إلى آخر فثمة ظرف طارئ يؤدى إلى الأضرار بمـــتعاقد ويرهقه إرهاقاً شديداً . وفى حالة آخرى قد لا يؤدى نفس الظرف إلى ذات النتيجة .

وهـــذه المعانى أشارت إليها أحكام القضاء الإدارى فى مصر فى كل أحكامها . فها هى محكمة القضاء الإدارى فى حكمها بتاريخ ١٩ يونيه سنة ١٩٦٠ على أن «مقتضى نظرية الظروف الطارئة أن يكون الظرف الطارئ أثقـــل كلفـــة مما قدره المتعاقدان تقديراً معقولاً بأن تكون الخسارة الناشئة عـــنه والـــتى تلحـــق بالمتعاقد فادحة واستثنائية تجاوز الخسارة العادية . بمعـــنى أنه إذا لم يترتب على الظرف الطارئ خسارة ما أو كانت الخسارة طفـــيفة بالنسبة إلى عناصر الضرر فى مجموعه أو انحصر كل أثر الظرف

الطـــارئ فـــى تفويت فرصة الربح على المتعاقد . فإنه لا يكون ثمة مجال لإعمال أحكام هذه النظرية ..»[١] .

الفرع الثالث

آثار نظرية الظروف الطارئة

تنهض نظرية الظروف الطارئة على فكرة جوهرية ، وهى اعتراض تنفــيذ العقد ظرف طارىء بالشروط التى سبق وحددناها – يؤدى أن تصبح التزامات المتعاقد مع الإدارة مرهقة له وتؤدى إلى خسارته خسارة فادحة .

فـــى هـــذه الحالـــة يجب على الإدارة أن تشارك المتعاقد معها فى خســـارته وتـــتحمل جانبا منها . وعلى ذلك فهى لا تقدم تعويضا كاملاً عن خســـارته بمقتضى الظرف الطارئ . وإنما تقدم له عونا مؤقتا يقيل عثرته ويعيـــنه علـــى أداء التزاماته العقدية . فضلاً عن أن أعمال هذه النظرية لا يـــؤدى إلـــى انتهاء التزامات المتعاقد . فعلى الرغم من الصعوبة التى تنتج عـــن وجود الظرف الطارئ إلا أن التزامات المتعاقد مع الإدارة تظل ممدودة غير مقطوعة . وذلك على التفصيل التالى :

١- استمرار المتعاقد فى تنفيذ التزاماته العقدية :

أن تطبـــيق نظرية الظروف الاستثنائية لا يؤدى إلى توقف المتعاقد مـــع الإدارة عـــن أداء ما يترتب على العقد من التزامات . فعلى الرغم من حـــدوث هذه الظروف الطارئة وغير المتوقعة والتى لم يكن له علاقة بها ، فـــإن اســـتمرار تنفـــيذ العقد أمر لازم . وكل ما يستطيع أن يطالب به جهة الإدارة هو أن تشاركه تحمل بعض جوانب هذه الخسارة التى لحقت به .

---

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى : بتاريخ ١٩ يونيه ١٩٦٠ المجموعة س١٤ ص٢٦١ .

وعلـــى ذلـــك فـــإن توقـــف المتعاقد عن تنفيذ العقد فى ظل وجود الحـــوادث الطارئة يمثل خطأ عقدياً تستطيع الإدارة بمقتضاه أن تنزل عليه الجـــزاء المناســـب . فضـــلاً عـــن أن توقفه عن تنفيذ التزاماته يمنعه من الاســـتفادة من تطبيق نظرية الظروف الطارئة . أو يقلل من نسبة التعويض الـــتى يمكـــن أن يحصـــل عليها وذلك نظراً لخصم المبالغ المستحقة عليه كغـــرامات تأخـــير مـــن قيمة ما يستحقه من تعويض . وهو ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا فى حكمها الصادر فى ٩ يونيه ١٩٦٢ . كما يلى « أن مقتضـــى نظـــرية الحوادث الطارئة إلزام جهة الإدارة بمشاركة الشركة المـــتعاقدة فـــى هـــذه الخســـارة ضمانا لتنفيذ العقد الإدارى تنفيذاً سليماً ، ويستوى أن يحصل التنفيذ من الشركة نفسها أو يقوم به جهة الإدارة نيابة عـــنها عـــند الشـــراء علـــى حسابها ، كما أن تطبيق هذه النظرية لا يعفى الشركة من غرامة التأخير والمصاريف الإدارية وفقاً لأحكام لائحة المخازن والمشـــتريات وأنـــه يجـــب أن يؤخذ فى الاعتبار عند توزيع الخسارة بين الشركة والوزارة الظروف التى إبرم فيها العقد من ارتفاع مفاجئ فى أسعار الزئبق بسبب تهافت الدول الكبرى على شرائه »[1].

وإذا كانـــت المحكمـــة الإدارية العليا قد أقرت فى هذا الحكم إمكانية تطبـــيق نظـــرية الظروف الطارئة ، على الرغم من توقف الشركة المتعاقدة عـــن تنفـــيذ العقد . مع خصم غرامات الـــتأخير المستحق عليها من مبلغ التعويض المستحق لها نتيجة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة .

وعلـــى خـــلاف مـــا سبق قررت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشـــريع فى فتواها بتاريخ ١٩٨٠/٢/٦. «فإذا توقف المتعاقد عن تنفيذ

---

(١) سبق الإشارة إليه .

العقد المبرم بينه وبين جهة الإدارة بعد أن نفذ جزءاً منه فإن دواعى تطبيق الظروف الطارئة تتخلف بالنسبة له إذ كان يتعين عليه أن يستمر فى التنفيذ حتى يحتفظ بحقه في المطالبة بتطبيق تلك النظرية إن توافرت شروط أعمالها .. » .

٢- حق المتعاقد فى الحصول على تعويض :

إذا توافرت شروط نظرية الظروف الطارئة ، فإن الأمر يقتضى من جهة الإدارة المتعاقدة أن تشاركه جزءاً من الخسارة التى لحقت به من جراء الحادث الطارئ .

وحق المتعاقد مع الإدارة فى التعويض يثير مسألتين تتعلق الأولى ببيان أساس التعويض . والثانية حدود هذا التعويض .

فمن ناحية أولى : يتأسس التعويض الذى يناله المتعاقد مع الإدارة فى رأى البعض على فكرة التوازن المالى للعقد الإدارى على أن الأخذ بهذا الرأى يستدعى بطبيعة الحال أن تعوض الإدارة المتعاقد معها تعويضاً كاملاً غير منقوص عن كل الأضرار التى تسببها الظروف الطارئة . وهو أمر لم يقل به أحد . فالتعويض الذى يستحقه المتعاقد مع الإدارة فى مثل هذه الحالة لا يخرج عن كونه أعانة تهدف إلى إقالة عثرته ومشاركته فى جزء من خسارته .

ويؤسس البعض هذا التعويض على الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية. فاتصال العقد الإدارى بنشاط مرفق عام يؤدى إلى ضرورة أن تسعى أطرافه إلى الحفاظ على هذه الرابطة حتى لا يتأثر المرفق العام بانقطاعها قبل أن تتحقق أهدافها . وعلى ذلك فإنه إذا طرأت ظروف طارئة وغير متوقعة أصابت المتعاقد مع الإدارة بخسارة فادحة تهدده بالتوقف عن تنفيذ

التزاماته العقدية ، فأن اتصال العقد بنشاط مرفق عام يستدعى ضرورة أن تتحمل الإدارة جزءاً من هذه الخسارة حتى تعود للمتعاقد معها بعض عافيته ويستمر فى تنفيذ العقد .

ويحكـم آثـار نظـرية الظروف الطارئة - فى إطار عقود القانون الخـاص - نص المادة ١٤٧ من القانون المدنى والتى ترتب عليها ما يلى «.. جـاز للقاضى ، تبعاً للظروف ، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول» .

وعلى ذلك فإن للقاضى المدنى أن يعدل فى نصوص العقد تلبية لما أحدثـته نظرية الظروف الطارئة من اختلال . فله أن ينقص التزام الطرف الذى أصابه الضرر أو يزيد فى التزامات الطرف الثانى .

وهـذه السـلطة الواسعة المخولة للقاضى المدنى لم يسلم بها أبداً للقاضـى الإدارى . فأيا كانت تأثيرات الظروف الطارئة على النصوص التى يحـتويها العقـد الإدارى فإن سلطة القاضى الإدارى تنحصر عنها ومن ثم فهـو لا يستطيع أن يغير فيها أو يعدل منها بالزيادة أو النقصان . وكل ما هو له أن يحكم للمتعاقد مع الإدارة بتعويض يجبر جزءاً من خسارته . دون أن يكون له حق تعديل الالتزامات العقدية . وهو ما قررته المحكمة الإدارية العليا فى حكمها بتاريخ ١٩٦٨/٥/١١ «.. ومؤدى تطبيق هذه النظرية بعد توافـر شـروطها الـزام جهة الإدارة المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها فى احتمال نصيب من الخسارة التى لحقت به طوال فترة الظرف الطارئ وذلك ضـمانا لتنفـيذ العقد الإدارى واستدامة لسير المرفق العام ، ويقتصر دور القاضـى الإدارى على الحكم بالتعويض المناسب دون أن يكون لـه تعديل

الالتزامات العقدية . »[1].

علـــى أن يـــثور التساؤل عن كيفية حساب التعويض إعمالاً لنظرية الظروف الطارئة . ـ

ســـبق أن عرفنا أن التعويض الذى يترتب على نظرية عمل الأمير هو تعويض كامل يشمل ما فات المتعاقد مع الإدارة من كسب وما لحقه من خســـارة . أمـــا الـــتعويض المترتب على نظرية الظروف الطارئة فهو فى حقيقـــته معاونة تقدمها الإدارة للمتعاقد معها حتى تقيل عثرته وتخفف من خســـارته ، لكـــى يســـتطيع أن يستمر فى تنفيذ التزاماته . وعلى ذلك فإن الـــتعويض فى ظل هذه النظرية يوزع بين طرفى العقد على أن هذا التوزيع لا تحكمـــه قـــاعدة ثابتة وإنما يراعى فيها القاضى مقتضى الحال وظروف العقد والمتعاقد . والقدر الذى يلزم من التعويض حتى لا يتوقف تنفيذ العقد.

وفـــى ذلـــك تذهب المحكمة الإدارية العليا «.. وأن مقتضى تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة هو إلزام جهة الإدارة بمشاركة المتعاقد معها فـــى هـــذه الخسائر ضماناً لتنفيذ العقد الإدارى تنفيذاً سليماً ، ويستوى أن يحصـــل التنفـــيذ من المتعاقد نفسه أو تقوم به جهة الإدارة نيابة عنه عند الشـــراء علـــى حســـابه . ومـــن حيث أنه فى ضوء ما تقدم يحق للطاعن المطالـــبة بتطبـــيق أحكـــام نظرية الظروف الطارئة على حالته ، والمحكمة وهى تطبق هذه الأحكام على وقائع الدعوى المطروحة، تضع فى اعتبارها. أن الـــزيادة فـــى أسعار الشعير الذى اشترت به جهة الإدارة هذا المحصول علـــى حساب الطاعن لم تكن باهظة إذ بلغ فرق السعر حوالى ١,٥٠٠ عن

---

(١) المحكمة الإدارية العليا : بتاريخ ١٩٦٨/٥/١١ الطعنين رقم ١٥٦٢ لسنه ١٠ق ، ٦٨ لسنة ١١ق – الموسوعة جـــ١٨ ص٨٩٢ .

كـل إردب ومن ثم فلا مجال لتطبيق الأحكام المشار إليها بالنسبة إلى شراء المحصـول أما بالنسبة إلى التبن فإن الزيادة فى الأسعار قد بلغت ٢٠ جنيه فِـى الحمـل . وبمراعاة الظروف والاعتبارات السابق بيانها ترى المحكمة حقـاً وعـدلاً ، أن تشـارك جهـة الإدارة الطاعن فى هذه الزيادة مناصفة بينهما..» [١].

المطلب الثالث

نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

Théorie De Sujétions Imprvues

الفرع الأول

مفهوم النظرية

تنهض نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة على أساس مواجهة المـتعاقد مع الإدارة – أثناء تنفيذه لالتزاماته العقدية – لمشاكل وصعوبات مادية استثنائية لم يكن له أن يتوقعها حين أبرم العقد .

ولا يشـترط أن تـؤدى هـذه الصـعوبات إلى جعل تنفيذ المتعاقد لالـتزاماته مسـتحيلاً . وإنما يكفى أن تؤدى إلى جعل هذا التنفيذ مرهقاً له ومكلفـاً بصورة لم يتوقعها أثناء إبرام العقد . وترتب هذه النظرية ضرورة تعويـض المتعاقد مع الإدارة عما أحدثته هذه الصعوبات – بوصفها السابق – من أضرار تعويضا كاملاً .

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا : بتاريخ ١٩٨٤/١/٢١ – الطعن رقم ٨٧٧ لسنه ٢٧ ق – الموسوعة الإدارية الحديثة -جـ١٨ – ص٩٠٩ .

وتجـد نظـرية الصـعوبات الماديـة غير المتوقعة مجال تطبيقها الرئيسى فى عقود الأشغال العامة .

وفـى حكمها بتاريخ ٢٠ يناير سنة ١٩٥٧- أجملت محكمة القضاء الإدارى أحكـام هـذه الـنظرية كمـا يلى « الصعوبات غير المتوقعة من الـنظريات الـتى أبتكرها الفقه والقضاء الإدارى ومقتضاها أنه عند تنفيذ العقـود الإداريـة ، وبخاصـة عقود الأشغال العامة قد تطرأ صعوبات عند الـتعاقد ، وتجعـل التنفيذ أشد وطأة على المتعاقد مع الإدارة وأكثر كلفة ، فيجـب – من باب العدالة – تعويضه عن ذلك بزيادة الأسعار المتفق عليها فـى العقـد زيـادة تغطى جميع الأعباء والتكاليف التى تحملها اعتباراً بأن الأسـعار المتفق عليها فى العقد لا تسرى إلا على الأعمال العادية المتوقعة فقط ، وأن هذه نية الطرفين المشتركة . والتعويض هنا لا يتمثل فى معونة مالـية جزئية تمنحها جهة الإدارة للمتعاقد معها بل يكون تعويضاً كاملاً عن جمـيع الأضـرار التى يتحملها المقاول بدفع مبلغ أضافى له على الأسعار المـتفق علـيها . وبذلـك تخـتلف هذه النظرية من حيث سببها والنتائج المترتـبة علـيها عـن نظرية الظروف الطارئة التى تطبق بسبب ظروف سياسـية أو اجتماعـية ينشأ عنها قلب اقتصاديات العقد أو اختلال توازنه المـالى ويقتصر التعويض فيها على قدر محدود تساهم فيه جهة الإدارة . كمـا تختلف أيضاً عن حالة القوة القاهرة فى أنه يكفى فى حالة الصعوبات غير المتوقعة أن يصبح التنفيذ أشد عسراً وأكثر تكلفة فى حين أنه فى حالة القـوة القاهرة يجب أن يصبح التنفيذ مستحيلاً . كما أنه يترتب على القوة القاهـرة أمـا وقف التنفيذ أو فسخ العقد . أما فى حالة الصعوبات المادية غـير المـتوقعة فإنه يفترض على العكس الاستمرار فى التنفيذ بسبب هذا الوضـع الخاص للنظرية ويشترط لاستحقاق التعويض المترتب عليها توافر

شروط خاصة يمكن أجمالها بصفة عامة فيما يلى :

أولاً : أن تكون الصعوبات مادية وغير عادية أو استثنائية .

ثانياً: أن تكون الصعوبات طارئة أى غير متوقعة أو لا يمكن توقعها أو لم يكن فى الوسع توقعها عند التعاقد .

ثالثاً : أن يترتب على تنفيذ العقد نفقات تجاوز الأسعار المتفق عليها فى العقد وتزيد فى أعباء المتعاقد مع الإدارة .

وفى هذه الحدود والضوابط يكون من حق المتعاقد مع الإدارة الرجوع عليها بالتعويض . أما إذا تخلف شرط من هذه الشروط فإن النظرية لا تطبق . ولا يستحق المتعاقد مع الإدارة أى تعويض[1].

وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا بحكمها فى تاريخ ١٢/١٦/ ١٩٩٧ بقولها «.. يلتزم للقضاء بأحقية المقاول للتعويض طبقاً لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة توافر الشروط الآتية :

أولاً : أن تكون الصعوبات مادية وغير عادية أو استثنائية .

ثانياً : أن تكون الصعوبات طارئة غير متوقعة أو بما لا يمكن توقعه أو لم يكن فى الوسع توقعها عند التعاقد .

ثالثاً : أن يترتب على التنفيذ نفقات تجاوز الأسعار المتفق عليها فى العقد وتزيد فى أعباء المتعاقد مع الإدارة[2] .

---

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى : فى ١٩٩٧/١٢/٣٠ القضية رقم ٧٨٩٢ بسنة ٨ق المجموعة س١١ ص١٥٢ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا – بتاريخ ١٩٩٧/١٢/٣٠ الطعن رقم ٥٦٧ لسنة ٢٩ ق – الموسوعة – حـ ٤٩ ص١٧١ .

الفرع الثانى

شروط تطبيق النظرية

لا عمال نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة يجب أن تكون هذه الصـــعوبات مادية وذات طبيعة استثنائية لا يستطيع المتعاقد مع الإدارة أن يتوقعها وذلك على الوجه التالى :

١ – أن تواجه تنفيذ العقد صعوبات مادية وغير عادية أو استثنائية.

الصـــعوبات الماديـــة تكون فى الأغلب صعوبات طبيعية لم تكن فى حســـابات المـــتعاقد وقت إبرام العقد ويترتب عليها أن يصبح تنفيذ المتعاقد لالتزاماته أكثر إرهاقاً وأكثر كلفة عما قدره وإبرم العقد بناء عليه .

ففـــى نطـــاق عقـــد الأشغال العامة تتبدى هذه الصعوبات فى عدم صـــلاحية الأرض محـــل الأشغال العامة كأن تكون الأرض صخرية أو غير صـــالحة للبـــناء عليها أو تحتاج إلى تجهيزات أكثر كافة مما قدره العاقدان وقـــت إبـــرام العقـــد . وفى هذه الحالات تكون الصعوبات المادية صعوبات طبيعـــية . على أن ذلك لا ينفى أن تنشأ هذه الصعوبات بفعل إنسان أجنبى عن العقد .

ولكـــى تبرر هذه الصعوبات المادية حصول المتعاقد على التعويض يجـــب أن لا تحـــدث بفعـــل أحـــد المتعاقدين . فضلا عن ضرورة أن تكون استثنائية وغير متوقعة .

فمـن ناحية أولى : يجـــب ألا تحـــدث الصـــعوبات المادية بفعل أحد المتعاقديـــن فهى ليست من عمل الإدارة . فإن كانت هذه الصعوبات راجعة إلـــى عمل الإدارة فإن الأمر لا يتعلق بتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير

المــتوقعة ، وإنمــا يتعلق بنظرية عمل الأمير . وإن كانت هذه الصعوبات راجعــة إلى فعل المتعاقد مع الإدارة أو ترتب على فعله زيادتها فإنه وحده يتحمل مسئوليتها ولا يكون ثمة ضرورة لانطباق هذه النظرية أو غيرها .

ومن ناحية ثانية : يجب أن تكون الصعوبات المادية غير المتوقعة ذات طابع استثنائى . فالصعوبات العادية التى تواجه المتعاقد مع الإدارة لا تسـتدعى التعويض عنها فكل علاقة تعاقدية يمكن أن تواجه بمثل هذه الصعوبات العادية . وإنما يجب أن تكون هذه الصعوبات غير عادية لا يمكن توقعها .

الشرط الثانى : **أن تكون هذه الصعوبات غير متوقعة** :

يجب أن تكون هذه الصعوبات غير متوقعة فتنفيذ العقد ينطوى على بعــض المخاطر والصعوبات التى يجب على المتعاقد مع الإدارة مواجهتها وتحمــل تــبعاتها . فالصعوبات التى تستدعى أن تعوضها الإدارة يجب آلا تكــون مــتوقعة بل يجب أن تكون مفاجئة للمتعاقد . فإن كان ثمة إمكانية لتوقعها ببعض الجهد أثناء التعاقد فلا محل لانطباق هذه النظرية .

وهــو مــا تؤكده محكمة القضاء الإدارى فى حكمها بتاريخ ٢٠/١/ ١٩٥٧ ســابق الإشارة إليه حيث تقول « .. ومن حيث أنه فضلا عما تقدم فــإن الشرط الخاص بوجوب أن تكون الصعوبات طارئة أى غير متوقعة أو ممــا لا يمكن توقعه أو ليس فى الوسع توقعها . هذا الشرط ينطوى إلى حد كبــير علــى معــنى المفاجأة فى صورة معينة كأن يجد المتعاقد مع الإدارة نفســه إزاء حالة لم يكن يتوقع حدوثها إلا بناء على دفتر الشروط ولا من دراســته الأولــية للشروط أو بالرغم مما نبه إليه أو ما اتخذه من حيطة لا تفــوت على الشخص البصير بالأمور قبل الاقدام على المساهمة فى تسيير المرفق العام المتعاقد بشأنه ..» .

وهـو مـا تؤكـده المحكمة الإدارية العليا فى حكمها فى ٣٠/١٢/ ١٩٩٧ (سـابق الإشارة إليه) «... ومن حيث أنه لما سبق وكانت الإدارة حسـبما سـلف لـم تنف وجود اختلاف فى طبيعة الأرض والتربة بالنسبة للأعمال الإضافية عن طبيعة الأرض والتربة بالنسبة للأعمال الأصلية والتى كانـت محـلاً للعقـد الأصلى كما وأن الثابت من تقرير الخبير الذى ندبته محكمـة القضـاء الإدارى أن الأتـربة المتولدة عن الحفر بالنسبة للأعمال الإضـافية تختلف اختلافا جوهريا عن الأعمال الأصلية - وأن حجم الأتربة التى قام المطعون ضده بنقلها بمناسبة تنفيذ الأعمال الإضافية يجاوز نسبة ٢٥% من قيمة الأعمال الأصلية ... ومن ثم فإنه لذلك ونظراً لأن الإدارة لم تقـدم ما يفيد أن المطعون ضده قام بمعاينة الأرض محل الأعمال الإضافية أو أن الإدارة بنفسـها كانـت تعلم باختلاف طبيعة الأرض بالنسبة للأعمال الإضافية عن الأعمال الأصلية كما وأنه حسبما سلف لا يمكن القول بامتداد الإقرار الصادر من المطعون ضده بمعاينة الأرض والتربة بالنسبة للأعمال الأصلية إلى الأعمال الإضافية - وبالتالى يكون الثابت من الأوراق أن هناك صعوبات مادية لم تكن متوقعة لدى طرفى العقد ...» .

وتعتـبر الصعوبات غير متوقعة حتى إذا ورد نص فى العقد يتضمن التنبيه عن طبيعة التربة وإنها قد تكون مختلفة وبها صعوبات .

فـإن هـذا التنبيه إنما يحمل على الصعوبات التى تطرأ على تنفيذ العقد فى الحدود المعقولة . وهو ما ذهبت إليه فتوى مجلس الدولة « .. لا يصـح القول بأنه كان ثمة اتفاق على عدم مسئولية هيئة قناة السويس عن تعويض الشركة عما تصادفه من صعوبة غير متوقعة ، كتلك التى صادفتها متمـثلة فى زيادة حجم التربة الصلبة أضعافا مضاعفة تجاوز ما كان مقدراً

علـــى أســـاس الاختبارات التى جرت بمعرفة المقاولين قبل التعاقد وبمعرفة الهيـــئة . ذلـــك أن هذا القول مردود بأن ما جاء فى العقد وفى الشروط فى خصـــوص التنبيه إلى طبيعة التربة وإلى ما تحتويه من صخور صلبة ونحو ذلـــك يحمل على أنه قصد به عدم مساءلة الهيئة عما يصادفه من يعهد إليه بتنفيذ المشروع من عقبات بسبب ذلك فى الحدود المعقولة التى يصل إليها التقدير العادى للأمور مبنيا على الاختبارات والبحوث الممكن إجراءها عند وضع مثل هذا التقدير أما ما جاوز هذه الحدود . مما يكون تم التسليم بأنه لـــم يكـــن لـــيخطر ببال أى من المتعاقدين أو ما لم يكن فى مقدور أحد أن يتكهـــن بـــه عـــند الـــتعاقد فـــإن تفسير العقد على أساس النية المشتركة للمتعاقديـــن مـــع الاستهداء بطبيعة التعامل وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقـــة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجارى فى المعاملات يقتضى القول بأنه ممـــا لـــم يـــتجه إلـــيه قصـــد المتعاقديـــن لأمر بديهى هو أنهما لم يكونا يتوقعانه»[1].على أنه إذا اتفق الطرفان وقت إبرام العقد على تحمل المتعاقد مـــع الإدارة المســـئولية الكاملة عن جميع الصعوبات المادية التى تصادفه سواء أكانت متوقعة أم غير متوقعة . فإنه يجب الالتزام بذلك وإن كان مثل هـــذا الأمر لا ينفى تعويضه على أساس نظرية الظروف الطارئة أن توافرت فـــى هـــذه الصـــعوبات شـــروط الحادث الطارئ . وفى ذلك ذهبت المحكمة الإداريـــة العليا «... إذا كان مفاد النصوص الواردة فى الشروط العامة أن المقـــاول مسئول مسئولية كاملة عن جميع الصعوبات المادية التى تصادفه سواء كانت متوقعة أو غير متوقعة وليس من شأن الصعوبات المادية غير

---

(١) فـــتوى الجمعية العمومية لمجلس الدولة رقم ٩٥ بتاريخ ١٩٦٤/٣/٤ الموسوعة جـــ١٨ ص٩١٤ .

المتوقعة مهما ترتب عليها من إرهاق للمقاول أن تخول حق مطالبة الجهة الإدارية المتعاقدة معه بزيادة فئات الأسعار مشاركة منها فى الخسارة التى تكون قد لحقته إذ أن الصعوبات سالفة الذكر – أيا كان شأنها – لا ترقى إلى مستوى الحوادث الطارئة الموجبة لإلزام الإدارة بتحمل نصيب فى الخسارة الفادحة التى تختل بها اقتصاديات العقد اختلالاً جسيما وذلك ضماناً لتنفيذ العقد الإدارى واستدامة سير المرفق العام الذى يخدمه[1] .

الشرط الثالث : أن يترتب على هذه الصعوبات ضرر للمتعاقد مع الإدارة :

فيجب أن يترتب على وجود هذه الصعوبات المادية – بأوصافها السابقة – ضرر للمتعاقد . فمثل هذا الضرر هو الذى يبرر إلزام الإدارة بدفع التعويض للمتعاقد معها . فلو فرضنا جدلاً أن المقاول يملك أجهزة متطورة تستطيع أن تتغلب على الصعوبات المادية التى يمكن أن تقابله . فإن ذلك لا يستدعى تطبيق النظرية .

والضرر المتصور حدوثه فى إطار تواجد هذه الصعوبات المادية غير المتوقعة هو ارتفاع تكاليف العملية أو زيادة فى الأسعار بصورة لم تكن متوقعة . يترتب عليه زيادة نفقات الأسعار المتفق عليها فى العقد وتزيد من أعباء المتعاقد أما إذا كانت الزيادة لا تخل باقتصاديات العقد ولا تؤدى إلى إرهاق المتعاقد مع الإدارة لا تستوجب تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وفى ذلك ذهبت الجمعية العمومية للفتوى فى فتواها رقم ٩٥ بتاريخ ١٩٦٤/٤/٢ سالفة الذكر . إلى أن «وتحديد الزيادة مسألة

---

(١) المحكمة الإدارية العليا : طعن رقم ٢١١ لسنة ١١ق بتاريخ ١٩٦٩/٦/١٤ الموسوعة جـ١٨ ص٩١٨ .

فنـــية وذلك مع مراعاة أن يؤخذ فى الاعتبار فى هذا المقام أن كل زيادة لا يكون من شأنها الإخلال باقتصاديات العقد ولا تؤدى تبعا إلى وضع الشركة فـــى مركـــز غـــير ذلك الذى يمكن توقعه عند التعاقد ويكون من شأنه قلب اقتصـــاديات العقـــد – لا مجـــرد اعتـــبار تنفيذه مما يرهق الشركة ويثقل كاهلها – كل زيادة لا تكون من شأنها ذلك يتجاوز عنها ولا تعوض الشركة عنها... » .

الفرع الثالث

آثار نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

إذا توافـــرت شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة فإنه يترتب على ذلك أمرين :

الأمر الأول : استمرار المتعاقد مع الإدارة فى تنفيذ التزاماته .فنظرية الصـــعوبات المادية غير المتوقعة لا تؤثر على التزام المتعاقد مع الإدارة . فهـــى لا تؤدى إلى استحالة تنفيذ هذا الالتزام . ولكنها تؤدى إلى أن يصبح هـــذا التنفيذ أكثر إرهاقاً وكلفة وذلك لا يؤدى إلى توقف المتعاقد عن تنفيذ التزاماته .

الأمر الثانى : أن يترتـــب علـــى نظـــرية الصـــعوبات المادية غير المـــتوقعة ضرورة تعويض المتعاقد مع الإدارة عما أحدثته هذه الصعوبات من زيادة فى التكاليف أو الأسعار تعويضا كاملاً . وهى فى ذلك كمثل نظرية عمـــل الأمـــير وتختلف عن نظرية الظروف الطارئة التى لا يعدو أن يكون التعويض فيها مجرد معاونة من الإدارة للمتعاقد معها .

وعلى ذلك فإن التعويض الذى يترتب على وجود الصعوبات المادية

غير المتوقعة هو تعويض كامل يجبر كافة المصاريف والزيادات فى الأسعار التى تكبدها المتعاقد مع الإدارة نتيجة لوجود هذه الصعوبات .

وهـو مـا ذهبـت إلـيه المحكمة الإدارية العليا فى حكمها بتاريخ ١٩٩٧/١٢/٣٠ سـابق الإشارة إليه «.. وبالتالى يكون الثابت من الأوراق أن هـناك صعوبات مادية لم تكن متوقعة لدى طرفى العقد قد صادفت تنفيذ الأعمـال الإضـافية الـتى قامت الإدارة بإسنادها إلى المطعون ضده خارج نطـاق العقـد وأن تلـك الصعوبات غير عادية وترجع إلى طبيعة الأرض والأتربة وأنه ما كان بإمكان طرفى العقد توقعها وهو ما يفيد توافر شروط انطـباق نظـرية الصـعوبات المادية غير المتوقعة بما يتعين معه تعويض المقاول والتكاليف التى تحملها باعتبار الأسعار المتفق عليها فى العقد

لا تسـرى إلا على الأعمال العادية المتوقعة وإذ ذهب الحكم المطعون عليه هذا المذهب حيث قضى بإلزام الإدارة بجميع الأعباء والتكاليف التى تحملها المطعـون ضـده عـند تنفيذ الأعمال الإضافية بما يجاوز نسبة ٢٥% من الأعمـال الأصـلية – فإنـه يكـون قد صادف صحيح حكم القانون جديراً بالتأييد» .

وفيما يلى جدول يبين شروط وآثار كل نظرية من النظريات الثلاث

وجه المقارنة النظرية	الشروط	الآثار
عمل الأمير	١- وجود عقد إدارى . ٢- فعل ضار صادر من جهة الإدارة المتعاقدة دون خطأ منها فى صورة إجراء عام غير متوقع . ٣- أن يلحق المتعاقد ضرر خاص.	- حق المتعاقد فى التحلل من التزامه إن ترتب عليها استحالة تنفيذ العقد . - حقه فى أن تعذره الإدارة فى حالة تأخره عن تنفيذ التزاماته . - حق المتعاقد فى فسخ العقد . - حقه فى الحصول على التعويض الكامل .
الظروف الطارئة	١- ظرف طارىء : أ- غير متوقع ولا يمكن دفعه . ب- أن يكون خارجاً عن إرادة المتعاقد . ٢- أن يؤثر هذا الظرف فى اقتصاديات العقد بأن يؤدى إلى أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً إرهاقاً شديداً للمتعاقد مع الإدارة .	- لا يستحق المتعاقد مع الإدارة بمقتضاها تعويضاً كاملاً وإنما تساعده الإدارة على تخطى هذا الظرف بتعويض جزئى . - استمرار المتعاقد فى تنفيذ العقد.
الصعوبات المادية	١- صعوبات مادية وغير عادية (استثنائية) . ٢- صعوبات طارئة وغير متوقعة. ٣- أن يترتب عليها نفقات فى التنفيذ تجاوز الأسعار المتفق عليها.	- استمرار المتعاقد فى تنفيذ العقد. - حق المتعاقد فى الحصول على تعويض كامل .

الباب الخامس

نهاية العقود الإدارية

الفصل الأول

النهاية الطبيعية للعقود الإدارية

تنـــتهى العقـــود الإدارية كشأن العقود جميعها نهاية طبيعية إذا تم تنفيذ الالتزامات التى تترتب عليها تنفيذاً كاملاً ، فإذا كان الأمر يتعلق بعقد توريـــد مثلاً فإن ذلك يكون بتسليم البضائع المطلوبة . وإذا تعلق الأمر بعقد أشغال عامة فإن العقد ينتهى بإتمام الأعمال المطلوبة على أنه يجب التمييز بيـــن العقـــود الفوريـــة التى لا تستغرق زمناً للتنفيذ والعقود الزمنية التى تستغرق زمنا طويلاً كعقد الالتزام وعقد الإيجار وغير ذلك .

فـــالعقود الفورية تنقضى بالتنفيذ المحدد ميعاده فى العقد ولا تتولد عنها آثار تمتد عبر الزمن ولذلك سميت بالعقود الفورية .

أما العقود الزمنية : فإنها تنتهى بانتهاء المدة التى يحددها العقد . مـــا لم يتفق الطرفان على تجديد العقد ، وقد يكون هذا الاتفاق صريحاً وقد يكـــون ضـــمنيا . كأن ينص العقد على أن يجدد تلقائيا ما لم يبد أحد طرفيه الرغـــبة فى إنهائه . وفى هذه الحالة يتجدد العقد تلقائيا وهو ما ذهبت إليه المحكمـــة الإدارية العليا فى حكمها بتاريخ ١٩٩٥/٥/١٦ إلى أنه «.. ومن حيـــث أنه يبين من مطالعة الأوراق أن الهيئة الطاعنة تعاقدت مع المطعون ضـــده بموجب عقد مؤرخ ١٩٧٩/٧/١٠ على عملية نقل وتفريغ الثلج ... وتضـــمن البند الثامن من هذا العقد بأن التعاقد سنة واحدة تبدأ من ١٠/٧/ ١٩٧٩ وتنتهى فى ١٩٨٠/٧/٩ ويتجدد العقد تلقائيا لمدد أخرى مماثلة ما لـــم ينبه أحد الطرفين على الآخر برغبته فى إنهاء التعاقد قبل نهايته بشهر على الأقل بكتاب نوصى عليه . ومن حيث أنه لما كان مفاد البند الثامن من العقـــد مـــثار النزاع أن مدة التعاقد عام واحد يتجدد تلقائيا ما لم ينبه أحد

الطرفين الآخر برغبته فى إنهاء العقد قبل نهايته بشهر على الأقل بكتاب موصى عليه وكان الثابت أن مدة هذا العقد تبدأ من ١٩٧٩/٧/١٠ وتنتهى فى ١٠/٧/ ١٩٧٩ وقد خلت الأوراق من دليل يفيد قيام الهيئة الطاعنة بالتنبيه على المطعون ضده برغبتها فى إنهاء التعاقد فى الميعاد الموضح بالبند الثامن من هذا العقد فمن ثم يعتبر العقد مجدداً لعام آخر ، يبدأ اعتبار من ١٩٨٠/٧/١٠ وبهذه المثابة فإن قيام الهيئة الطاعنة بإنهاء العقد محل النزاع بدون مراعاة الميعاد المشار إليه يشكل ركن الخطأ فى جانبها لإخلالها بالتزاماتها التعاقدية ..»[1] .

وإذا استطال أمد تنفيذ العقد الإدارى بحيث تجاوز المدة المحددة فى العقد فإن الأمر لا يخرج عن احتمالين :

الأول : أن يكون التأخير لسبب راجع إلى المتعاقد ولذلك يتحمل هو مسئوليته.

الثانى : أن يكون التأخير لسبب راجع إلى الإدارة وفى هذه الحالة يجب عليها أن تعوض المتعاقد معها . وهو ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا فى حكمها بتاريخ ١٩٩٤/٧/٥ « .. ومقتضى ذلك أنه إذا قام المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ العقد فى غير المدة المحددة للتنفيذ بسبب يرجع إلى جهة الإدارة فإن من حقه أن يحصل على أية أعباء إضافية تحملها نتيجة تنفيذه للأعمال محل العقد فى فترة تالية للفترة المحددة لتنفيذها ، وبالتالى يكون له الحق فى المطالبة بأية زيادة قد تطرأ فى أسعار المواد وخلافه مما يستعمل فى العملية محل التعاقد .. »[2].

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا : بتاريخ ١٩٩٥/٥/١٦ الطعن رقم ٢٣٤٠ لسنة ٣٢ق الموسوعة – جـ٤٩ ص١٥٣ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا : بتاريخ ١٩٩٤/٧/٥ الطعن رقم ٤٤١٦ ، ٤٦٢٣ لسنة ٣٥ق – الموسوعة – جـ٤٩ ص١٢٩ .

الفصل الثانى

النهاية غير الطبيعية للعقود الإدارية

الأصـــل أن يـــبلغ العقد منتهاه ، ويصل إلى نهايته الطبيعية بتنفيذ المـــتعاقدان لالتزاماتهما الواردة فى العقد والمترتبة عليه . على أن ذلك لا يكون دائما وفى كل الأحوال . فثمت عقود تنحل وتتحلل قبل أن تبلغ نهايته الطبيعية . وقد يكون ذلك باتفاق طرفيه . أو بحكم القانون أو بحكم قضائى أو بـــالإدارة المـــنفردة لـــلإدارة وهو ما سبق ودرسناه عند دراسة سلطات الإدارة فى العقد الإدارى .

أولاً : انتهاء العقد باتفاق الطرفين :

وهـــو أمر مشروع ، فالعقد يتكون بإرادة طرفيه ، ولا مانع من أن ينتهى قبل ميعاده باتفاق طرفيه . على أن ذلك يقتضى أن تعبر للإدارة عن رغبتها فى ذلك بصورة صريحة، وأن يكون لديها من الأسباب ما يبرر ذلك.

ثانياً : انتهاء العقد بنص القانون :

قـــد يرتـــب القانون فى بعض الحالات فسخ العقد ومن ذلك ما نص عليه قانون المناقصات فى المادة ٢٤ منه على ما يلى :

يفسخ العقد تلقائيا فى الحالتين الآتيتين :

أ - إذا ثبت أن المتعاقد قد شرع ، بنفسه أو بواسطة غيره بطريق مباشـــر أو غير مباشر فى رشوة أحد موظفى الجهات الخاضعة لأحكام هذا القانون ، أو حصل على العقد عن طريق الرشوة .

ب- إذا أفلس المتعاقد أو أعسر .

وينقضى العقد بقوة القانون أيضاً فى حالات أخرى كما لو هلك محل

العقد . أو ارتكاب المتعاقد لجريمة معينة .

ثالثاً : انتهاء العقد بحكم قضائى :

فـى هـذه الحالة ينتهى العقد بحكم قضائى ، ويكون ذلك فى حالة لجـوء أحـد طرفـيه إلـى القاضى طالبا فسخ العقد . وغالبا ما يكون هو المـتعاقد مع الإدارة . لأن الإدارة تستطيع أن تلجأ إلى فسخ العقد بإرادتها المنفردة .

ويجوز للمتعاقد مع الإدارة طلب إنهاء العقد لأحد الأسباب الآتية :

أ- القـوة القاهرة وهى الحادث الذى يستحيل دفعه ولا يرجع لإدارة أحـد طرفى العقد سواء فى حدوثه أو فى توقعه ويترتب عليه جعل التنفيذ مستحيلاً .

ب- إخلال الإدارة بالتزاماتها المترتبه على العقد : ففى حالة إخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية فلا مندوحة أمام المتعاقد من طلب فسخ العقد . فـلا يسـوغ أن يلـتزم المـتعاقد بتنفيذ التزاماتها فى مقابل إخلال الإدارة لالتزاماتها .

ج- تجـاوز الإدارة لسـلطاتها : على الرغم من أن العقد الإدارى يجعـل لـلإدارة مركـزاً فريداً ومتميزاً مرده مسئوليتها عن تنظيم وتسيير المـرافق العامـة . فإنه عقد يجب أن تحترم فيه الإدارة ما اتفقت عليه مع المـتعاقد معهـا ولا تتجاوزه إلا للضرورة وتحقيقا للمصلحة العامة فإذا ما ثبـت أن هذا التجاوز كان انحرافاً بالسلطة أو تزيداً لا مبرر له فإنه فى هذه الحالـة يكون للمتعاقد معها أن يلجأ إلى القاضى طالباً منه فصم عرى العقد الإدارى جزاء وفاقا لتجاوز الإدارة لسلطاتها .

قانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨

بشأن المناقصات والمزايدات

ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار

وزير المالية رقم ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨

قانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨

بإصدار قانون تنظيم المناقصات والمزايدات[١]

باسم الشعب

رئيس الجمهورية

قرر مجلس الشعب القانون الآتى نصه ، وقد أصدرناه :

(المادة الأولى)

يعمل بأحكام القانون المرافق فى شأن تنظيم المناقصات والمزايدات ، وتسرى أحكامه على وحدات الجهاز الإدارى للدولة - من وزارات ، ومصالح ، وأجهزة لها موازنات خاصة - وعلى وحدات الإدارة المحلية ، وعلى الهيئات العامة ، خدمية كانت أو اقتصادية .

ويلغى القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٦٢ بشأن تنفيذ أعمال خطة التنمية الاقتصادية ، وقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ ، كما يلغى كل حكم آخر يخالف أحكام القانون المرافق .

(المادة الثانية)

يقصد «بالسلطة المختصة» فى تنفيذ أحكام القانون المرافق ، الوزير - ومن له سلطاته - أو المحافظ أو رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة ، كل فى نطاق اختصاصه .

وفيما عدا ما أجازت هذه الأحكام التفويض فيه ، لايجوز للسلطة المختصة التفويض فى أى من اختصاصاتها الواردة بتلك الأحكام إلا لشاغل الوظيفة الأدنى مباشرة دون سواه .

---

(١) الجريدة الرسمية - العدد ١٩ (مكرر) فى ٨ مايو سنة ١٩٩٨

(المادة الثالثة)

يصدر وزير المالية اللائحة التنفيذية(*) للقانون المرافق خلال ثلاثة أشهر من تاريخ العمل به .

وإلى أن تصدر هذه اللائحة يستمر العمل باللوائح والقرارات القائمة فى تاريخ العمل بهذا القانون فيما لايتعارض مع أحكامه .

(المادة الرابعة)

ينشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية ، ويعمل به بعد ثلاثين يوما من اليوم التالى لتاريخ نشره .

يبصم هذا القانون بخاتم الدولة ، وينفذ كقانون من قوانينها .

صدر برئاسة الجمهورية فى ١٢ المحرم سنة ١٤١٩ هـ

(الموافق ٨ مايو سنة ١٩٩٨م) .

حسنى مبارك

(*) صدرت اللائحة التنفيذية بقرار وزير المالية رقم ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨ ونشرت بالوقائع المصرية العدد ٢٠١ تابع فى ١٩٩٨/٩/٦ .

قانون تنظيم المناقصات والمزايدات

(الباب الأول)

فى شراء المنقولات

والتعاقد على المقاولات وتلقى الخدمات

مادة ١ - يكون التعاقد على شراء المنقولات ، أو على مقاولات الأعمال أو النقل ، أو على تلقى الخدمات والدراسات الاستشارية والأعمال الفنية ، عن طريق مناقصات عامة أو ممارسات عامة . ويصدر باتباع أى من الطريقين قرار من السلطة المختصة وفقا للظروف وطبيعة التعاقد .

ومع ذلك يجوز استثناء ، وبقرار مسبب من السلطة المختصة ، التعاقد بإحدى الطرق الآتية :

(أ) المناقصة المحدودة .

(ب) المناقصة المحلية .

(جـ) الممارسة المحدودة .

(د) الاتفاق المباشر .

ولايجوز فى أية حال تحويل المناقصة إلى ممارسة عامة أو ممارسة محدودة .

وفى جميع الحالات يتم التعاقد فى الحدود ووفقا للشروط والقواعد والإجراءات الواردة بهذا القانون ولائحته التنفيذية .

مادة ٢ - تخضع كل من المناقصة العامة والممارسة العامة لمبادئ العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة ، وكلتاهما إما داخلية يعلن عنها فى مصر أو خارجية يعلن عنها فى مصر وفى الخارج ، ويكون الإعلان فى الصحف اليومية ، ويصح أن يضاف إليها غير ذلك من وسائل الإعلام واسعة الانتشار .

مادة ٣ - يكون التعاقد بطريق المناقصة المحدودة فى الحالات التى تتطلب طبيعتها قصر الاشتراك فى المناقصة على موردين أو مقاولين أو استشاريين أو فنيين أو خبراء بذواتهم ، سواء فى مصر أو فى الخارج ، على أن تتوافر فى شأنهم شروط الكفاية الفنية والمالية وحسن السمعة .

مادة ٤ - يكون التعاقد بطريق المناقصة المحلية فيما لاتزيد قيمته على مائتى ألف جنيه ، ويقصر الاشتراك فيها على الموردين والمقاولين المحليين الذى يقع نشاطهم فى نطاق المحافظة التى يتم بدائرتها تنفيذ التعاقد .

مادة ٥ - يكون التعاقد بطريق الممارسة المحدودة فى الحالات الآتية :

(أ) الأشياء التى لاتصنع أو تستورد أو توجد إلا لدى جهات أو أشخاص بذواتهم .

(ب) الأشياء التى تقتضى طبيعتها أو الغرض من الحصول عليها أن يكون اختيارها أو شراؤها من أماكن إنتاجها .

(جـ) الأعمال الفنية التى تتطلب بحسب طبيعتها أن يقوم بها فنيون أو أخصائيون أو خبراء بذواتهم .

(د) التعاقدات التى تقتضى اعتبارات الأمن القومى أن تتم بطريقة سرية .

مادة ٦ - تتولى إجراءات كل من الممارسة العامة والممارسة المحدودة لجنة تشكل بقرار من السلطة المختصة ، تضم عناصر فنية ومالية وقانونية وفق أهمية وطبيعة التعاقد .

وفى حالة الممارسة الداخلية ، يجب أن يشترك فى عضوية اللجنة ممثل لوزارة المالية إذا جاوزت القيمة مائتين وخمسين ألف جنيه ، وكذا عضو من إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة إذا جاوزت القيمة خمسمائة ألف جنيه .

أما فى حالة الممارسة الخارجية ، فيجب أن يشترك فى عضوية اللجنة ممثل لوزارة المالية وعضو من إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة إذا جاوزت القيمة مليون جنيه .

ويجب أن تشتمل قرارات اللجنة على الأسباب التى بنيت عليها .

وتسرى على كل من الممارسة العامة والممارسة المحدودة الأحكام الخاصة بالمناقصات فيما لم يرد بشأنه نص خاص فى هذا القانون .

مادة ٧ - يجوز فى الحالات العاجلة التى لاتحتمل اتباع إجراءات المناقصة أو الممارسة بجميع أنواعهما ، أن يتم التعاقد بطريق الإتفاق المباشر بناء على ترخيص من :

(أ) رئيس الهيئة ، أو رئيس المصلحة ومن له سلطاته فى الجهات الأخرى ، وذلك فيما لاتجاوز قيمته خمسين ألف جنيه بالنسبة لشراء المنقولات أو تلقى الخدمات أو الدراسات الاستشارية أو الأعمال الفنية أو مقاولات النقل ، ومائة ألف جنيه بالنسبة لمقاولات الأعمال .

(ب) الوزير المختص ومن له سلطاته ، أو المحافظ فيما لاتجاوز قيمته مائة ألف جنيه بالنسبة لشراء المنقولات أو تلقى الخدمات أو الدراسات الاستشارية أو الأعمال الفنية أو مقاولات النقل ، وثلاثمائة ألف جنيه بالنسبة لمقاولات الأعمال .

ولرئيس مجلس الوزراء ، فى حالة الضرورة القصوى ، أن يأذن بالتعاقد بالطريق المباشر فيما يجاوز الحدود المنصوص عليها فى البند (ب) من الفقرة السابقة .

مادة ٨ - يجوز لوزارتى الدفاع والإنتاج الحربى وأجهزتهما ، فى حالات الضرورة ، التعاقد بطريق المناقصة المحدودة أو المناقصة المحلية أو الممارسة المحدودة أو الاتفاق المباشر مع إعمال أحكام القانون رقم ٢٠٤ لسنة ١٩٥٧ بشأن إعفاء العقود الخاصة بالتسليح من الضرائب والرسوم والقواعد المالية والقوانين المعدلة له . وللسلطة المختصة التفويض فى أى من اختصاصاتها .

كما يجوز لرئيس مجلس الوزراء ، فى حالات الضرورة ، أن يصرح لجهة بعينها - لاعتبارات يقدرها ترتبط بطبيعة عمل ونشاط تلك الجهة - بالتعاقد بطريق المناقصة المحدودة أو المناقصة المحلية أو الممارسة المحدودة أو الاتفاق المباشر وفقا للشروط والقواعد التى يحددها .

مادة ٩ - يكون الطرح على أساس مواصفات كافية ، وللجهة الإدارية تحديد نسبة المكون المحلى التى تشترطها للتنفيذ .

ويقتصر تقديم العينات النموذجية على الحالات التى تحددها اللائحة التنفيذية .

ويتم التعاقد على أساس مواصفات ورسومات فنية دقيقة ومفصلة .

مادة ١٠ - تقدم العطاءات فى مظروفين مغلقين أحدهما للعرض الفنى والآخر للعرض المالى ، ويقتصر فتح مظاريف العروض المالية على العروض المقبولة فنيا ، وذلك كله وفقا للقواعد والإجراءات التى تبينها اللائحة التنفيذية .

مادة ١١ - يكون البت فى المناقصات بأنواعها عن طريق لجنتين ، تقوم إحداهما بفتح المظاريف والأخرى بالبت فى المناقصة .

على أنه بالنسبة للمناقصة التى لاتجاوز قيمتها خمسين ألف جنيه ، فتتولى فتح المظاريف والبت فى المناقصة لجنة واحدة .

مادة ١٢ - يصدر بتشكيل لجان فتح المظاريف ولجان البت قرار من السلطة المختصة ، وتضم هذه اللجان عناصر فنية ومالية وقانونية وفق أهمية وطبيعة التعاقد .

ويجب أن يشترك فى عضوية لجان البت ممثل لوزارة المالية إذا جاوزت القيمة مائتين وخمسين ألف جنيه ، وكذا عضو من إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة إذا جاوزت القيمة خمسمائة ألف جنيه .

مادة ١٣ - يجوز للجنة البت أن تعهد إلى لجان فرعية ، تشكلها من بين أعضائها ، بدراسة النواحى الفنية والمالية فى العطاءات المقدمة ومدى مطابقتها للشروط المعلنة ، وكذا بالتحقق من توافر شروط الكفاية الفنية والمالية وحسن السمعة فى شأن مقدمى العطاءات . وللجنة البت أن تضم لعضوية تلك اللجان من ترى الاستعانة برأيهم من أهل الخبرة .

وتقدم اللجان الفرعية تقارير بنتائج أبحاثها وتوصياتها إلى لجنة البت .

مادة ١٤ - تمسك كل جهة ، من الجهات التى تسرى عليها أحكام هذا القانون ، سجلا لقيد الأسماء والبيانات الكافية للموردين والمقاولين وبيوت الخبرة والاستشاريين والفنيين .

وتمسك الهيئة العامة للخدمات الحكومية سجلا لقيد أسماء الممنوعين من التعامل مع أية جهة من الجهات المذكورة . سواء كان المنع بنص فى القانون أو بموجب قرارات إدارية تطبيقا لأحكامه ، وتتولى الهيئة نشر هذه القرارات بطريق النشرات المصلحية ، ويحظر التعامل مع المقيدين فى هذا السجل .

مادة ١٥ - تلغى المناقصة قبل البت فيها إذا استغنى عنها نهائيا أو اقتضت المصلحة العامة ذلك ، كما يجوز إلغاؤها فى أى من الحالات الآتية :

(أ) إذا لم يقدم سوى عطاء وحيد ، أو لم يبق بعد العطاءات المستبعدة إلا عطاء واحد .

(ب) إذا اقترنت العطاءات كلها أو أغلبها بتحفظات .

(جـ) إذا كانت قيمة العطاء الأقل تزيد على القيمة التقديرية .

ويكون الإلغاء فى هذه الحالات بقرار من السلطة المختصة بناء على توصية لجنة البت . ويجب أن يشتمل القرار على الأسباب التى بنى عليها .

مادة ١٦ - يجب استبعاد العطاءات غير المطابقة للشروط أو المواصفات وإرساء المناقصة على صاحب العطاء الأفضل شروطا والأقل سعرا بعد توحيد أسس المقارنة بين العطاءات من جميع النواحى الفنية والمالية .

ويجب أن يشتمل قرار استبعاد العطاءات وإرساء المناقصة على الأسباب التى بنى عليها .

ويعتبر العطاء المقدم عن توريدات من الإنتاج المحلى أو عن أعمال أو خدمات تقوم بها جهات مصرية أقل سعرا إذا لم تتجاوز الزيادة فيها (١٥٪) من قيمة أقل عطاء أجنبى .

مادة ١٧ - يجب أن يؤدى مع كل عطاء تأمين مؤقت تحدد الجهة الإدارية مبلغه ضمن شروط الإعلان بما لايجاوز (٢٪) من القيمة التقديرية ، ويستبعد كل عطاء غير مصحوب بكامل هذا المبلغ .

ويجب رد التأمين المؤقت إلى أصحاب العطاءات غير المقبولة دون توقف على طلب منهم ، وذلك فور انتهاء المدة المحددة لسريان العطاء .

مادة ١٨ - على صاحب العطاء المقبول أن يؤدى خلال عشرة أيام - تبدأ من اليوم التالى لإخطاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول بقبول عطائه - التأمين النهائى الذى يكمل التأمين المؤقت إلى ما يساوى (٥٪) من قيمة العقد ، وبالنسبة للعقود التى تبرم مع متعاقد فى الخارج يكون الأداء خلال عشرين يوما .

ويجوز بموافقة السلطة المختصة مد المهلة المحددة للأداء - فى الحالتين - بما لايجاوز عشرة أيام .

وإذا جاوز التأمين المؤقت التأمين النهائى وجب رد الزيادة فورا بغير طلب .

ويكون التأمين النهائى ضامنا لتنفيذ العقد ، ويجب رده فور إتمام التنفيذ بغير طلب .

مادة ١٩ - لايؤدى التأمين النهائى إذا قام صاحب العطاء المقبول بتوريد جميع الأشياء التى رسا عليه توريدها وقبلتها الجهة الإدارية نهائيا خلال المهلة المحددة لأداء التأمين النهائى .

مادة ٢٠ - تحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون الشروط والأوضاع الخاصة بالتأمين المؤقت والتأمين النهائى وكيفية أداء كل منهما وردهما واستبدالهما والإجراءات الواجب اتباعها فى شأنهما .

مادة ٢١ - إذا لم يقم صاحب العطاء المقبول بأداء التأمين النهائى فى المهلة المحددة ، جاز للجهة الإدارية - بموجب إخطار بكتاب موصى عليه بعلم الوصول ودون حاجة لاتخاذ أى إجراء آخر - إلغاء العقد أو تنفيذه بواسطة أحد مقدمى العطاءات التالية لعطائه بحسب ترتيب أولوياتها ، ويصبح التأمين المؤقت فى جميع الحالات من حقها ، كما يكون لها أن تخصم قيمة كل خسارة تلحق بها من أية مبالغ مستحقة أو تستحق لديها لصاحب العطاء المذكور ، وفى حالة عدم كفايتها تلجأ إلى خصمها من مستحقاته لدى أية جهة إدارية أخرى ، أيا كان سبب الاستحقاق ، وذلك كله مع عدم الإخلال بحقها فى الرجوع عليه قضائيا بما لم تتمكن من استيفائه من حقوق بالطريق الإدارى .

مادة ٢٢ - يجوز بموافقة السلطة المختصة صرف دفعات مقدمة تحت الحساب مقابل خطاب ضمان معتمد ، وذلك بالنسب وفى الحدود ووفقا للشروط والقواعد والإجراءات التى تبينها اللائحة التنفيذية .

مادة ٢٣ - إذا تأخر المتعاقد فى تنفيذ العقد عن الميعاد المحدد له ، جاز للسلطة المختصة لدواعى المصلحة العامة إعطاء المتعاقد مهلة إضافية لإتمام التنفيذ ، على أن توقع عليه غرامة عن مدة التأخير طبقا للأسس وبالنسب وفى الحدود التى تبينها اللائحة التنفيذية ، بحيث لايجاوز مجموع الغرامة (٣٪) من قيمة العقد بالنسبة لشراء المنقولات وتلقى الخدمات والدراسات الاستشارية والأعمال الفنية ، و(١٠٪) بالنسبة لمقاولات الأعمال والنقل .

وتوقع الغرامة بمجرد حصول التأخير دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أى إجراء آخر . ويعفى المتعاقد من الغرامة ، بعد أخذ رأى إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة ، إذا ثبت أن التأخير لأسباب خارجة عن إرادته ، وللسلطة المختصة - عدا هذه الحالة - بعد أخذ رأى الإدارة المشار إليها ، إعفاء المتعاقد من الغرامة إذا لم ينتج عن التأخير ضرر .

ولايخل توقيع الغرامة بحق الجهة الإدارية فى الرجوع على المتعاقد بكامل التعويض المستحق عما أصابها من أضرار بسبب التأخير .

وفى حالة الادعاء بإخلال الجهة الإدارية بالتزاماتها الواردة بالعقد بخطأ منها ، يكون للمتعاقد الحق فى اللجوء للقضاء للمطالبة بتعويضه عما يكون قد لحقه من ضرر نتيجة لذلك ، ما لم يتفق الطرفان على التحكيم وفقا للقواعد والإجراءات المنصوص عليها فى قانون التحكيم فى المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ معدلا بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧

مادة ٢٤ - يفسخ العقد تلقائيا فى الحالتين الآتيتين :

(أ) إذا ثبت أن المتعاقد استعمل بنفسه أو بواسطة غيره الغش أو التلاعب فى تعامله مع الجهة المتعاقدة أو فى حصوله على العقد[1] .

(ب) إذا أفلس المتعاقد أو أعسر .

---

(١) البند (أ) من المادة ٢٤ مستدرك بالعدد ٢٠ مكرر فى ١٦ مايو سنة ١٩٩٨ .

ويشطب اسم المتعاقد فى الحالة المنصوص عليها فى البند (أ) من سجل الموردين أو المقاولين . وتخطر الهيئة العامة للخدمات الحكومية بذلك لنشر قرار الشطب بطريق النشرات المصلحية .

ويتم بناء على طلب المتعاقد الذى شطب اسمه إعادة قيده فى سجل الموردين أو المقاولين إذا انتفى سبب الشطب بصدور قرار من النيابة العامة بألا وجه لإقامة الدعوى الجنائية ضده أو بحفظها إداريا أو بصدور حكم نهائى ببراءته مما نسب إليه ، على أن يعرض قرار إعادة القيد على الهيئة العامة للخدمات الحكومية لنشره بطريق النشرات المصلحية .

مادة ٢٥ - يجوز للجهة الإدارية فسخ العقد أو تنفيذه على حساب المتعاقد ، إذا أخل بأى شرط من شروطه .

ويكون الفسخ أو التنفيذ على حساب المتعاقد بقرار من السلطة المختصة ، يعلن للمتعاقد بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين فى العقد .

مادة ٢٦ - فى جميع حالات فسخ العقد ، وكذا فى حالة تنفيذه على حساب المتعاقد ، يصبح التأمين النهائى من حق الجهة الإدارية ، كما يكون لها أن تخصم ماتستحقه من غرامات وقيمة كل خسارة تلحق بها من أية مبالغ مستحقة أو تستحق للمتعاقد لديها وفى حالة عدم كفايتها تلجأ إلى خصمها من مستحقاته لدى أية جهة إدارية أخرى ، أيا كان سبب الاستحقاق ، دون حاجة إلى اتخاذ أية إجراءات قضائية ، وذلك كله مع عدم الإخلال بحقها فى الرجوع عليه بما لم تتمكن من استيفائه من حقوق بالطريق الإدارى .

(الباب الثانى)

فى شراء واستئجار العقارات

مادة ٢٧ - يجب أن يسبق عملية التعاقد على شراء أو استئجار العقارات صدور قرار بذلك من السلطة المختصة ، ويتم الإعلان عن الشراء أو الاستئجار وشروط كل منهما وفقا للقواعد التى تبينها اللائحة التنفيذية .

مادة ٢٨ - تشكل بقرار من السلطة المختصة لجنة للمقارنة والمفاضلة بين العروض المقدمة تضم عناصر فنية ومالية وقانونية ، وذلك على النحو الذى تبينه اللائحة التنفيذية .

ويجب أن يشترك فى عضوية اللجنة ممثل لكل من وزارة المالية ووزارة الإسكان وعضو من إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة .

مادة ٢٩ - تتولى اللجنة المشار إليها فى المادة السابقة مفاوضة مقدمى العروض التى تتلاءم واحتياجات الجهة طالبة التعاقد للوصول إلى أفضلها شروطا وأقلها سعرا ، وترفع توصياتها للسلطة المختصة لتقرر ماتراه بما فى ذلك تفويض اللجنة فى التعاقد مباشرة إن وجدت مبررا لذلك .

(الباب الثالث)

فى بيع وتأجير العقارات والمنقولات والمشروعات والترخيص بالانتفاع أو باستغلال العقارات

مادة ٣٠ - يكون بيع وتأجير العقارات والمنقولات والمشروعات التى ليس لها الشخصية الاعتبارية ، والترخيص بالانتفاع أو باستغلال العقارات بما فى ذلك المنشآت السياحية والمقاصف ، عن طريق مزايدة علنية عامة أو محلية أو بالمظاريف المغلقة .

ومع ذلك يجوز استثناء ، وبقرار مسبب من السلطة المختصة ، التعاقد بطريق الممارسة المحدودة فيما يلى :

(أ) الأشياء التى يخشى عليها من التلف ببقاء تخزينها .

(ب) حالات الاستعجال الطارئة التى لاتحتمل اتباع إجراءات المزايدة .

(جـ) الأصناف التى لم تقدم عنها أية عروض فى المزايدات أو التى لم يصل ثمنها إلى الثمن الأساسى .

(د) الحالات التى لاتجاوز قيمتها الأساسية خمسين ألف جنيه .

ويتم ذلك كله وفقا للشروط والأوضاع التى تبينها اللائحة التنفيذية .

ولايجوز فى أية حال تحويل المزايدة إلى ممارسة محدودة .

مادة ٣١ - يجوز فى الحالات العاجلة التى لاتحتمل اتباع إجراءات المزايدة أو الممارسة المحدودة ، أن يتم التعاقد بطريق الاتفاق المباشر بناء على ترخيص من :

(أ) رئيس الهيئة ، أو رئيس المصلحة ومن له سلطاته فى الجهات الأخرى ، وذلك فيما لاتجاوز قيمته عشرين ألف جنيه .

(ب) الوزير المختص - ومن له سلطاته - أو المحافظ فيما لاتجاوز قيمته خمسين ألف جنيه .

مادة ٣٢ - تتولى الإجراءات فى الحالات المنصوص عليها فى هذا الباب لجان تشكل على النحو المقرر بالنسبة للجان فتح المظاريف ولجان البت فى المناقصات ، وتسرى على البيع أو التأجير أو الترخيص بالانتفاع أو باستغلال العقارات بطريق الممارسة المحدودة ذات القواعد والإجراءات المنظمة للشراء بطريق الممارسة المحدودة ، وذلك كله بما لايتعارض مع طبيعة البيع أو التأجير أو الترخيص .

مادة ٣٣ - تشكل بقرار من السلطة المختصة لجنة تضم الخبرات والتخصصات النوعية اللازمة ، تكون مهمتها تحديد الثمن أو القيمة الأساسية لمحل التعاقد وفقا للمعايير والضوابط التى تنص عليها اللائحة التنفيذية ، على أن يكون الثمن - أو القيمة الأساسية - سريا .

مادة ٣٤- يكون إرساء المزايدة على مقدم أعلى سعر مستوف للشروط ، بشرط ألا يقل عن الثمن أو القيمة الأساسية .

مادة ٣٥ - تلغى المزايدة قبل البت فيها إذا استغنى عنها نهائيا ، أو اقتضت المصلحة العامة ذلك ، أو لم تصل نتيجتها إلى الثمن أو القيمة الأساسية ، كما يجوز إلغاؤها إذا لم يقدم سوى عرض وحيد مستوف للشروط .

ويكون الإلغاء فى هذه الحالات بقرار من الوزير المختص - ومن له سلطاته - بناء على توصية لجنة البت .

ويجب أن يشتمل قرار إرساء المزايدة أو إلغائها على الأسباب التى بنى عليها .

وتنظم اللائحة التنفيذية مايتبع من إجراءات فى حالة الإلغاء .

(الباب الرابع)

احكام عامة

مادة ٣٦ - يكون التعاقد فى حدود الاحتياجات الفعلية الضرورية للأنشطة المقررة .

ويجوز إبرام عقود التوريدات والخدمات الدورية لمدة تجاوز السنة المالية بشرط ألا يترتب عليها زيادة الالتزامات فى إحدى السنوات المالية التالية عما هو مقرر فى السنة التى يتم فيها التعاقد .

ويكون التعاقد بالنسبة للمشروعات الاستثمارية المدرجة بالخطة فى حدود التكاليف الكلية المعتمدة ، على أن يتم الصرف فى حدود الاعتمادات المالية المقررة .

مادة ٣٧ - لايجوز اللجوء إلى تجزئة محل العقود التى يحكمها هذا القانون بقصد التحايل لتفادى الشروط والقواعد والإجراءات وغير ذلك من ضوابط وضمانات منصوص عليها فيه .

مادة ٣٨ - يجوز للجهات التى تسرى عليها أحكام هذا القانون التعاقد فيما بينها بطريق الاتفاق المباشر ، كما يجوز أن تنوب عن بعضها فى مباشرة إجراءات التعاقد فى مهمة معينة وفقا للقواعد المعمول بها فى الجهة طالبة التعاقد .

ويحظر التنازل لغير هذه الجهات عن العقود التى تتم فيما بينها .

مادة ٣٩ - يحظر على العاملين ، بالجهات التى تسرى عليها أحكام هذا القانون ، التقدم - بالذات أو بالواسطة - بعطاءات أو عروض لتلك الجهات ، كما لايجوز شراء أشياء منهم أو تكليفهم بالقيام بأعمال ، ولايسرى ذلك على شراء كتب من تأليفهم أو تكليفهم بالقيام بأعمال فنية كالرسم والتصوير وماياثلهما أو شراء أعمال فنية منهم إذا كانت ذات صلة بالأعمال المصلحية ، وبشرط ألا يشاركوا بأية صورة من الصور فى إجراءات قرار

الشراء أو التكليف وأن يتم كل منهما فى الحدود وفقا للقواعد والإجراءات التى تبينها اللائحة التنفيذية .

كما يحظر على العاملين بتلك الجهات الدخول - بالذات أو بالواسطة - فى المزايدات أو الممارسات بأنواعها ، إلا إذا كانت الأشياء المشتراة لاستعمالهم الخاص وكانت مطروحة للبيع عن طريق جهات أخرى غير جهة عملهم ولاتخضع لإشراف هذه الجهة .

مادة ٤٠ - تعلن أسباب القرارات الخاصة بإرساء المناقصة أو الممارسة العامة أو الممارسة المحدودة أو المزايدة وبإلغاء أى منها وباستبعاد العطاءات ، فى لوحة إعلانات تخصص لهذا الغرض ، وذلك لمدة أسبوع واحد لكل قرار ، وتحدد السلطة المختصة لها مكانا ظاهرا للكافة ، كما يتم إخطار مقدمى العطاءات بخطابات موصى عليها بعلم الوصول على عناوينهم الواردة بالعطاء .

مادة ٤١ - ينشأ بوزارة المالية ، مكتب لمتابعة التعاقدات الحكومية ، تكون مهمته تلقى الشكاوى المتعلقة بأية مخالفة لأحكام هذا القانون ، ويصدر بتنظيمه وتحديد اختصاصاته وإجراءات وقواعد العمل به قرار من رئيس مجلس الوزراء(*) .

مادة ٤٢ - يجوز لطرفى العقد عند حدوث خلاف أثناء تنفيذه الاتفاق على تسويته عن طريق التحكيم ، بموافقة الوزير المختص مع التزام كل طرف بالاستمرار فى تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد .

(*) قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٣٥٤٩ لسنة ١٩٩٨ الوقائع المصرية العدد ٢٤٤ فى ١٩٩٨/١٠/٢٧ .

وزارة المالية

قرار رقم ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨

بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨[1]

وزير المالية

بعد الاطلاع على قانون الهيئات العامة الصادر بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٣ ؛

وعلى القانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٧٣ فى شأن الموازنة العامة للدولة ؛

وعلى قانون نظام الإدارة المحلية الصادر بالقانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ ولائحته التنفيذية ؛

وعلى القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨١ فى شأن المحاسبة الحكومية ولائحته التنفيذية ؛

وعلى قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ؛

وعلى لائحة المخازن الحكومية ؛

وبناء على ما ارتآه مجلس الدولة ؛

قـــرر :

(المادة الأولى)

يعمل باللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ المرفقة .

وتسرى أحكام هذه اللائحة على وحدات الجهاز الإدارى للدولة - من وزارات ومصالح وأجهزة لها موازنات خاصة - وعلى وحدات الإدارة المحلية ، وعلى الهيئات العامة ، خدمية كانت أو اقتصادية .

---

(١) الوقائع المصرية - العدد ٢٠١ (تابع) فى ٦ سبتمبر سنة ١٩٩٨

(المادة الثانية)

في تطبيق أحكام اللائحة المرفقة يقصد بـ :

الجهة الإدارية : الوحدة التي تتخذ إجراءات التعاقد سواء لحسابها أو لحساب غيرها من الجهات الخاضعة لأحكام القانون وهذه اللائحة .

السلطة المختصة : الوزير - ومن له سلطاته - أو المحافظ أو رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة ، كل في نطاق اختصاصه ، وذلك مع عدم الإخلال بضوابط التفويض في الاختصاصات المنصوص عليها في المادة الثانية من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ المشار إليه .

إدارة المشتريات : التقسيم الإداري الذي يختص بنشاط المشتريات والعقود أيا كان مستواها الوظيفي بالهيكل التنظيمي للوحدة التي تتبعها .

(المادة الثالثة)

تلغى اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ بتنظيم المناقصات والمزايدات الصادرة بقرار وزير المالية رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨٣ ، كما يلغى كل حكم آخر يخالف أحكام اللائحة المرفقة .

(المادة الرابعة)

ينشر هذا القرار في الوقائع المصرية ، ويعمل به اعتبارا من اليوم التالي لتاريخ نشره .

صدر في ١٩٩٨/٩/٦

وزير المالية

دكتور/ محيي الدين الغريب

اللائحة التنفيذية

لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨

(الباب الأول)

فى شراء المنقولات
والتعاقد على المقاولات وتلقى الخدمات

(القسم الأول)

الإجراءات التمهيدية

(مادة ١)

يكون التعاقد فى حدود الاحتياجات الفعلية الضرورية لسير العمل أو الإنتاج على أساس دراسات واقعية وموضوعية تعدها الإدارة المختصة مع مراعاة مستويات التخزين ومعدلات الاستهلاك ومقررات الصرف ، ولايجوز التعاقد على أشياء يوجد بالمخازن أنواع مماثلة لها أو بديلة عنها تفى بالغرض .

ويكون تقرير الاحتياجات الفعلية باعتماد السلطة المختصة .

(مادة ٢)

يراعى قبل الطرح تقسيم الأشياء إلى مجموعات متجانسة بمراعاة دليل التصنيف والترقيم للمخزون السلعى بالجهاز الإدارى للدولة ، وتحقيقا لتكافؤ الفرص يتعين تجنب الإشارة إلى النوع أو الوصف أو الرقم الوارد فى قوائم الموردين ، كما لايجوز ذكر علامة معينة أو مواصفات مما تنطبق على نماذج خاصة أو مميزة .

ولايسرى ذلك على ماتقتضيه ظروف توريد قطع الغيار أو مستلزمات التشغيل المطلوبة بذاتها .

(مادة ٣)

يكون الطرح على أساس مواصفات فنية دقيقة ومفصلة يتم وضعها بمعرفة لجنة فنية ذات خبرة بالأصناف أو الأعمال المطلوبة ، وتراعى المواصفات القياسية المصرية ومواصفات التوريدات الحكومية وغيرها من المواصفات التى تصدرها أو تعتمدها الجهات الفنية المختصة .

وفى الحالات التى يتم فيها الطرح على أساس عينات فيجب النص على وزنها أو مقاسها أو حجمها ، وفى الأصناف التى يلزم توريدها داخل عبوات يجب بيان نوع هذه العبوات وسعتها ومواصفاتها .

ويكون الطرح على أساس العينات النموذجية الخاصة بالجهة الإدارية فى الحالات التى يتعذر فيها توصيف موضوع التعاقد توصيفا دقيقا ويجوز فى هذه الحالة بيع أنموذج منها لمقدمى العطاءات .

ويجب بالنسبة إلى مقاولات الأعمال إعداد الرسومات الفنية اللازمة .

(مادة ٤)

تتولى اللجنة المشار إليها فى المادة السابقة وضع القيمة التقديرية للعملية موضوع التعاقد بحيث تكون ممثلة لأسعار السوق عند الطرح مع الأخذ فى الاعتبار جميع العناصر المؤثرة وفقا لظروف وطبيعة تنفيذ التعاقد وترفع اللجنة تقريرا بنتيجة أعمالها - متضمنا اقتراح مبلغ التأمين المؤقت المطلوب فى الحدود المقررة قانونا - وذلك للاعتماد من السلطة المختصة .

ويخطر رئيس اللجنة مدير إدارة المشتريات بمبلغ التأمين المؤقت بكتاب مستقل ، ثم يضع رئيس اللجنة تقريرها فى مظروف مغلق بطريقة محكمة يوقع عليه وأعضاؤها ويحفظ لدى مدير إدارة المشتريات ولايفتح إلا بمعرفة رئيس لجنة البت عند دراسة العروض المالية .

(مادة ٥)

فى الحالات التى يتطلب فيها موضوع التعاقد توفير أعمال الصيانة وقطع الغيار - فيجب تضمين شروط الطرح المدة اللازمة لتوفير هذه الأعمال وتحديد نوع الصيانة المطلوبة (عادية - شاملة قطع الغيار) على أن يؤخذ ذلك فى الاعتبار عند تقييم العروض من الناحية الفنية والمالية .

(مادة ٦)

تمسك إدارة المشتريات بكل جهة من الجهات التى تسرى عليها أحكام هذه اللائحة السجلات والنماذج الآتية :

سجل (١) مشتريات :.

لقيد الموردين والمقاولين والاستشاريين والفنيين والخبراء والأخصائيين فى داخل الجمهورية وخارجها .

سجل (٢) مشتريات :

لقيد الموردين والمقاولين والاستشاريين والفنيين والخبراء والأخصائيين المحليين الذين يتم التعامل معهم بطريق المناقصة المحلية .

ويثبت بكل من السجلين المشار إليهما البيانات الآتية :

اسم صاحب النشاط واسم الشهرة إن وجد .

الاسم التجارى .

اسم المدير أو الموظف المسئول .

العنوان القانونى (المحل المختار) .

رقم التليفون والفاكس .

أنواع النشاط .

رقم البطاقة الشخصية أو العائلية .

رقم البطاقة الضريبية .

رقم التسجيل لدى مصلحة الضرائب على المبيعات .

رقم القيد فى السجل التجارى أو الصناعى أو سجل المستوردين أو سجل الوكلاء التجاريين أو بيانات القيد بالاتحاد المصرى لمقاولى التشييد والبناء أو فى أى سجل آخر يكون القيد فيه واجبا قانونا .

اسم البنك أو البنوك التى يتعامل معها وعناوينها .

البيانات الخاصة بالكفاية الفنية والمالية .

أية بيانات أخرى تتطلبها طبيعة نشاط الجهة الإدارية .

سجل (٣) مشتريات :

لقيد الممنوعين من التعامل .

ويثبت به بالإضافة إلى البيانات السابقة البيانات الآتية :

الجهة المصدرة لقرار حظر التعامل وتاريخ صدوره ورقمه .

رقم الكتاب الدورى الصادر من الهيئة العامة للخدمات الحكومية بنشر قرار الحظر .

أسباب حظر التعامل .

سجل (٤) مشتريات :

خاص بمحاضر فتح المظاريف .

سجل (٥) مشتريات :

خاص بأعمال وقرارات لجنة البت .

سجل (٦) مشتريات :

لقيد العينات الواردة مع العطاءات .

سجل (٧) مشتريات :

لقيد المناقصات العامة والمحدودة .

سجل (٨) مشتريات :

لقيد المناقصات المحلية .

سجل (٩) مشتريات :

لقيد الممارسات العامة والمحدودة .

سجل (١٠) مشتريات :

لقيد الاتفاقات المباشرة .

سجل (١١) مشتريات :

لقيد العقود الخارجية .

نموذج (١) مشتريات :

خاص بتفريغ العطاءات .

نموذج (٢) مشتريات :

خاص بإخطار قبول العطاء (أمر التوريد أو الإسناد) .

ويحظر استعمال السجلات والنماذج المتقدمة فى غير الأغراض المخصصة لها ويحظر الكشط أو الشطب أو الطمس فى البيانات المثبتة فى تلك السجلات والنماذج على أنه إذا تطلب الأمر إجراء أى تصحيح فى تلك البيانات فيتعين أن يكون ذلك بالحبر الأحمر السائل أو الجاف والتوقيع أمامه ممن قام بذلك واعتماد مدير إدارة المشتريات مع إثبات التاريخ فى كل حالة ، ويجب إذا اقتضت الضرورة إلغاء أى صفحة من سجل أن تثبت كلمة "ملغى" بين خطين مائلين متوازيين على الصفحة المراد إلغاؤها مع بيان سبب الإلغاء .

ويتم الرجوع للهيئة العامة للخدمات الحكومية للحصول على أسماء وبيانات المشتغلين بالأنشطة المختلفة لإدراجها بالسجلات الخاصة بكل جهة فى الحالات التى يتعذر فيها حصول تلك الجهات على البيانات اللازمة لذلك بمعرفتها .

(مادة ٧)

يجب أن تعد كل جهة قبل الإعلان أو الدعوة للاشتراك فى المناقصة أو الممارسة بجميع أنواعهما كراسة خاصة بمستندات الطرح تشمل الشروط العامة والخاصة والشروط والمواصفات الفنية وقوائم الأصناف أو الأعمال وملحقاتها .

ويتم طبع الكراسة المشار إليها وتوزيعها - بعد ختمها واعتماد مدير المشتريات لها - على من يطلبها وفقا للقواعد وبالثمن الذى تحدده الجهة الإدارية بشرط أن يكون بالتكلفة الفعلية لجميع المستندات مضافا إليها نسبة مئوية لاتزيد على (٢٠٪) كمصروفات إدارية .

وتترجم كراسة الشروط والقوائم والمواصفات فى حالة الطرح فى الخارج مع ذكر أن النص العربى هو المعول عليه فى حالة الخلاف أو الالتباس فى مضمونها .

ويتبع بشأن هذه الكراسات الإجراءات المخزنية المعمول بها من حيث الإضافة والصرف والإلغاء .

(مادة ٨)

يجب أن تتضمن شروط الطرح النص على أن تقدم العطاءات فى مظروفين مغلقين أحدهما للعرض الفنى والآخر للعرض المالى ويحتوى المظروف الفنى على التأمين المؤقت المطلوب بالإضافة إلى البيانات والمستندات التى ترى الجهة الإدارية ضرورة توافرها للتحقق من مطابقة العرض الفنى للشروط والمواصفات المطروحة وتوافر الكفاية الفنية والمقدرة المالية لدى مقدمى العروض بما يتناسب مع طبيعة موضوع التعاقد وعلى الأخص :

جميع البيانات الفنية عن العرض المقدم .

طريقة التنفيذ .

البرنامج الزمنى للتنفيذ ومدته .

الكتالوجات والبيانات الخاصة بمصادر ونوع المواد والمهمات والمعدات والأجهزة المقدم عنها العرض .

بيان مصادر ونوع المواد والمهمات والمعدات والأجهزة التى تستخدم فى التنفيذ .

قائمة بقطع الغيار ومستلزمات التشغيل مع بيان معدلات استهلاكها .

بيانات عن أسماء ووظائف وخبرات الكوادر التى سيسند إليها الإشراف على تنفيذ العملية .

بيانات كاملة عن الشركات التى قد يسند إليها جزء من التنفيذ .

المستندات الدالة على وجود مركز صيانة معتمد .

سابقة الأعمال .

بيانات القيد فى السجلات الخاصة بالنشاط موضوع التعاقد (القيد فى السجل التجارى أو الصناعى أو سجل المستوردين ...) وغيرها من السجلات التى يكون القيد فيها واجبا قانونا حسب الأحوال .

بطاقة عضوية الاتحاد المصرى لمقاولى التشييد والبناء .

شهادة التسجيل لدى مصلحة الضرائب على المبيعات .

البطاقة الضريبية .

بيان الشكل القانونى للجهة مقدمة العطاء والمستندات الدالة على قيامها قانونا .

ويحتوى المظروف المالى على قوائم الأسعار وطريقة السداد وقيمة الصيانة وقطع الغيار ومستلزمات التشغيل وغيرها من العناصر التى تؤثر فى القيمة المالية للعرض وفقا لما تقضى به شروط الطرح .

(مادة ٩)

فى حالات التعاقد التى تتطلب الطبيعة الفنية فيها تقييم العروض بنظام النقاط فيجب تضمين شروط الطرح عناصر وأسس التقييم بعد اعتمادها من السلطة المختصة .

ويجب فى هذه الحالة أن يتم تحديد نقاط التقييم والحد الأدنى للقبول الفنى واعتمادها من السلطة المختصة قبل فتح المظاريف الفنية .

(مادة ١٠)

على الجهة الإدارية قبل طرح العملية للتعاقد الحصول على الموافقات والتراخيص اللازمة ذات الصلة بموضوع التعاقد من الجهات المعنية وفقا للقوانين والقرارات التى تقضى بذلك .

(مادة ١١)

بعد التحقق من إتمام الإجراءات المشار إليها فى المواد السابقة تقوم إدارة المشتريات برفع مذكرة للسلطة المختصة للحصول على الموافقة على الطرح مع اقتراح طريقة التعاقد المناسبة وأسباب ذلك .

وعلى الإدارة المذكورة فتح ملف خاص لكل عملية تضمنه جميع مايتم بشأنها من إجراءات .

(القسم الثانى)

إجراءات التعاقد

(الفصل الأول)

المناقصة العامة

(مادة ١٢)

يتم الإعلان عن المناقصة العامة فى الوقت المناسب على مرتين فى صحيفة أو صحيفتين يوميتين واسعتى الانتشار .

ويجب أن يبين فى الإعلان الجهة التى تقدم إليها العطاءات وآخر موعد لتقديمها والصنف أو العمل المطلوب ومبلغ التأمين المؤقت ونسبة التأمين النهائى وثمن نسخة كراسة الشروط وملحقاتها وأية بيانات أخرى تراها الجهة الإدارية ضرورية لصالح العمل .

ويتم الإعلان عن المناقصات الخارجية فى مصر والخارج باللغتين العربية والإنجليزية ، كما يطلب إلى سفارات الدول الأجنبية بمصر أو قنصلياتها بحسب الأحوال إخطار المشتغلين بنوع النشاط موضوع التعاقد بتلك الدول بصيغة الإعلان عن المناقصة .

ويجوز بالإضافة إلى ماتقدم أن يتم الإعلان فى غير ذلك من وسائل الإعلام واسعة الانتشار وذلك بموافقة السلطة المختصة بحسب أهمية وقيمة التعاقد .

(مادة ١٣)

إذا تقرر طرح أكثر من مناقصة عامة فى تاريخ واحد أو تواريخ متقاربة فيراعى النشر عنها فى إعلان واحد .

(مادة ١٤)

تحدد مدة ثلاثون يوما على الأقل لتقديم العطاءات فى المناقصات العامة من تاريخ أول إعلان فى الصحف اليومية ، ويجوز بموافقة السلطة المختصة تقصير هذه المدة بحيث لاتقل عن عشرين يوما .

ويراعى تضمين شروط الطرح المدة المناسبة لسريان العطاءات بحيث لاتزيد على ثلاثة أشهر ، على أنه فى حالات الضرورة التى تحتمها طبيعة وظروف موضوع التعاقد فيجوز بموافقة السلطة المختصة تضمين الشروط مدة تجاوز ذلك ، وتحسب مدة سريان صلاحية العطاءات اعتبارا من التاريخ المحدد لفتح المظاريف الفنية ، على أن يتم البت فى المناقصة والإخطار فى حالة القبول قبل انتهاء مدة صلاحية سريان هذه العطاءات ، فإذا تعذر ذلك فعلى مدير إدارة المشتريات أن يطلب فى الوقت المناسب إلى مقدمى العطاءات قبول مد مدة صلاحية سريان عطاءاتهم إلى المدة اللازمة .

(مادة ١٥)

يكون تشكيل لجنة فتح المظاريف بقرار من السلطة المختصة برئاسة موظف تتناسب وظيفته ودرجته مع أهمية المناقصة وعضوية ممثل عن الجهة الطالبة وعضو قانونى وعضو فنى وعضو مالى ومدير إدارة المشتريات أو من ينيبه ، ويحضر اللجنة مندوب إدارة الحسابات ليتسلم التأمينات ويجوز أن ينص القرار على ضم عضو آخر أو أكثر إلى اللجنة .

(مادة ١٦)

يتعين قبل موعد اجتماع لجنة فتح المظارف الفنية ندب موظف ليتسلم العطاءات التى وردت إلى قسم الوارد وإلى القسم المختص ووضعها بداخل صندوق العطاءات الموجود بكل جهة إدارية والذى تعد فتحته بطريقة لا تسمح بإخراج أى شىء من محتوياته ويكون له قفلان يحفظ مفتاح أحدهما لدى رئيس الجهة أو من ينيبه والثانى لدى مدير إدارة المشتريات أورئيس القسم المختص .

(مادة ١٧)

يقوم رئيس لجنة فتح المظاريف بفتح صندوق العطاءات فى الساعة الثانية عشرة ظهراً فى اليوم المعين لفتح المظاريف الفنية كآخر موعد لتقديم العطاءات وعليه اتخاذ الإجراءات التالية وفقاً لترتيبها :

١ - إثبات الحالة التى وردت عليها العطاءات بعد التحقق من سلامتها .

٢ - القيام بحصر العطاءات وإثبات عددها فى محضر فتح المظاريف .

٣ - التحقق من وجود مظروفين منفصلين مقدمين عن كل عطاء أحدهما للعرض الفنى والآخر للعرض المالى وإثبات ذلك فى محضر فتح المظاريف .

٤ - ترقيم العطاءات على هيئة كسر اعتيادى بسطه رقم العطاء ومقامه عدد العطاءات الواردة - وإثبات رقم كل عطاء على المظروف الفنى وعلى المظروف المالى الذى يتم التحفظ عليه مغلقاً .

٥ - إعادة وضع المظاريف المالية بعد التوقيع عليها دون فتحها داخل صندوق العطاءات بعد التحقق من غلقة .

٦ - فتح المظاريف الفنية بالتتابع وكل مظروف يفتح يثبت رئيس اللجنة رقم العطاء عليه وعلى كل ورقة بداخله .

٧ - ترقيم الأوراق بداخل كل مظروف وإثبات عدد تلك الأوراق .

٨ - قراءة اسم صاحب العطاء وقيمة التأمين المؤقت ونوعه وغيرها من محتويات المظروف الفنى على الحاضرين من مقدمى العطاءات أو مندوبيهم .

٩ - التوقيع منه ومن أعضاء اللجنة على المظروف الفنى وكل ورقة بداخله .

١٠ - التأشير بدائرة حمراء حول كل كشط أو تصحيح فى البيانات الواردة بالمظروف الفنى ويجب إثبات كل كشط أو تصحيح وضع حوله دائرة حمراء تفصيلاً والتوقيع منه وجميع أعضاء اللجنة على هذه التأشيرات .

١١ - التوقيع منه ومن جميع الأعضاء على محضر اللجنة بعد إثبات كافة الخطوات المتقدمة فى السجل المعد لذلك .

١٢ - تسليم التأمينات المؤقتة لمندوب الحسابات بعد توقيعه بالاستلام على محضر فتح المظاريف كما يوقع رئيس الحسابات فى نفس اليوم أو فى اليوم التالى على الأكثر بما يفيد مراجعته للتأمينات الواردة بها وبأنها قيدت بالحسابات المختصة .

١٣ - إرفاق المظاريف الفنية وجميع الأوراق المقدمة بها بمحضر اللجنة وتسليمها لمدير إدارة المشتريات أو لرئيس القسم المختص وذلك لحفظها فى خزانة مقفلة .

١٤ - مراجعة العينات السابق تقديمها من مقدمى العطاءات على الكشف الذى دونت به عند ورودها بعد التأكد من سلامة أختامها وغلافاتها ويوقعها رئيس اللجنة مع جميع أعضائها كما يوقعون على العينات التى ترد مع المظاريف الفنية بعد إثباتها فى كشف خاص وتسلم جميع العينات إلى مدير إدارة المشتريات أو رئيس القسم المختص حسب الأحوال أسوة بأوراق العطاءات .

١٥ - يجب أن تتم اللجنة عملها بأكمله فى الجلسة ذاتها .

(مادة ١٨)

أى عطاء أو تعديل فيه يرد بعد الموعد المعين لفتح المظاريف الفنية يجب تقديمه فور وصوله إلى رئيس اللجنة لفتحه والتأشير عليه بساعة وتاريخ وروده ثم يدرج فى كشف العطاءات المتأخرة .

(مـادة ١٩)

تتولى إدارة المشتريات أو القسم المختص فرز عينات كل صنف وقيدها بالسجل الخاص بالعينات ويجب أن يبين بهذا السجل تاريخ المناقصة ونوعها. وعلى مدير إدارة المشتريات أو رئيس القسم أن يرسل فوراً أو فى خلال اليومين التاليين على الأكثر لتاريخ فتح المظاريف الفنية ما يقتضى إرساله منها إلى الجهة الفنية المختصة حتى يتسنى إجراء الفحص الفنى المطلوب على وجه السرعة وعند ورود التقارير الخاصة بها تدون جميع البيانات بالسجل المذكور أمام كل عينة ليعرض على لجنة البت .

(مـادة ٢٠)

يجب التحقق من مطابقة العينات المقدمة مع العطاءات للمواصفات أو العينات النموذجية ومدى ملاءمتها للغرض المطلوبة من أجله وذلك بالفحص النظرى أو الفنى أو بالتحليل المعملى أو بالتجربة العملية بحسب الأحوال وذلك بمعرفة الجهة الإدارية أو بأى من الجهات الخاضعة لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات - وعلى مدير إدارة المشتريات أورئيس القسم المختص أن يضع على العينات أرقاماً سرية (مع مراعاة تعليمات الجهة الفاحصة) ويرسل معها كشفاً تفصيلياً ببيان مفرداتها والغرض الذى من أجله يراد شراء الصنف ومقدار الكمية المطلوبة منه .

ويجب توضيح ما قد يوضع عليها من أرقام سرية وأختام وتوقيعات لتميزها ولضمان عدم استبدال غيرها بها مع ذكر التاريخ المعين للبت فى المناقصة وذلك لكى تقوم الجهة الفاحصة بفحصها وموافاة إدارة المشتريات بالنتيجة قبل التاريخ المذكور بوقت كاف يسمح بدراسة العطاءات على ضوء نتيجة فحص العينات ورفع التوصيات اللازمة للجنة البت فى المناقصة فى الميعاد المحدد . وعلى جهة الفحص الفنى أن تقوم بفحص العينات واختبارها بالتتابع وأن تختمها وتضع عليها أرقاماً سرية أخرى لتميزها وترسل عنها تقريراً وافياً بالنتيجة من حيث مطابقتها للمواصفات من عدمه ويبين به نسبة الجودة مئوية لكل عينة تم تحليلها وعلى مدير إدارة المشتريات أو رئيس القسم المختص أن يتحقق من حفظ تقارير المعمل الفنى التى ترد تباعاً بملفات المناقصات بعد إثباتها فى السجل الخاص بذلك وقبل عرضها على لجنة البت وكذلك التأشير أمام كل تقرير برقم الملف المحفوظة فيه .

(مـادة ٢١)

يكلف مدير إدارة المشتريات موظفاً أو أكثر تحت إشرافه بتفريغ العروض الفنية على الاستمارة المعدة لذلك من ثلاث صور وعليه أن يعيد إيداعها فى آخر كل يوم فى الخزانة المقفلة لحين الانتهاء من التفريغ وتدون جميع ملاحظات واشتراطات مقدمى العروض ويجب أن تتم هذه العملية فى أقل وقت ممكن حتى يتسنى البت فى المناقصة قبل انقضاء مدة سريان العطاءات وتعمل مطابقة للعروض على كشوف التفريغ من اثنين من المراجعين وتوقع بما يفيد هذه المطابقة ثم تقدم إلى لجنة البت .

(مـادة ٢٢)

يكون تشكيل لجان البت بقرار من السلطة المختصة برئاسة موظف مسئول وعضوية عناصر فنية ومالية وقانونية وفق أهمية وطبيعة التعاقد .

ويجب أن يشترك فى عضوية لجنة البت من تندبه وزارة المالية لذلك وعضو من إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة يندبه رئيسها وذلك فى الحدود المنصوص عليها بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات .

(مـادة ٢٣)

تتولى لجنة البت دراسة العروض الفنية للتحقق من مطابقتها للمواصفات والشروط المطروحة على أساسها المناقصة ، وللجنة أن تشكل من بين أعضائها أو غيرهم من أهل الخبرة لجاناً فنية لدراسة العروض ورفع تقرير بنتائج الدراسة إلى لجنة البت .

وللجنة أن تستوفى من مقدمى العروض ما تراه من بيانات ومستندات واستيضاح ما غمض من أمور فنية بما يعينها فى إجراء عملية التقييم الفنى الدقيق للعروض وذلك دون الإخلال بتكافؤ الفرص والمساواة بين مقدمى العروض .

وعلى اللجنة أن تبين بالتفصيل الكافى أوجه النقص والمخالفة للشروط والمواصفات فى العطاءات التى تسفر الدراسة عن عدم قبولها فنياً .

(مادة ٢٤)

إذا اختلف أعضاء لجنة البت فى الرأى حول قبول أو رفض أى من العطاءات فيتم إثبات ذلك فى محضر اللجنة ويكون الفصل فيه للسلطة المختصة وفى حالة الاختلاف فى الرأى مع العضو الفنى فيجوز لرئيس اللجنة أن يطلب عضواً آخر للانضمام إلى العضو الأول للاسترشاد برأيه فإذا اتفق رأيهما يؤخذ به وإن اختلفا يعرض الأمر على رئاستهما لترجيح أحد الرأيين .

وترفع لجنة البت محضراً بترصياتها موقعاً من جميع أعضائها ومن رئيسها للسلطة المختصة لتقرير ما تراه .

(مادة ٢٥)

بعد اعتماد توصيات لجنة البت من السلطة المختصة تتولى إدارة المشتريات إخطار مقدمى العروض المقبولة فنياً بموعد ومكان انعقاد لجنة فتح المظارف المالية - السابق تقديمها منهم - ليتسنى حضورهم أو مندوبيهم أعمال اللجنة .

ويجب مراعاة انقضاء سبعة أيام عمل على الأقل بين تاريخ إعلان أسباب القرارات الخاصة بقبول أو استبعاد العروض الفنية فى لوحة الإعلانات المخصصة لهذا الغرض وبين تاريخ إرسال الإخطارات الخاصة بموعد فتح المظاريف المالية .

(مادة ٢٦)

تجتمع لجنة فتح المظاريف بذات تشكيلها السابق فى الموعد والمكان المحددين لفتح المظاريف المالية وتتولى اللجنة مباشرة ذات الإجراءات المنصوص عليها بهذه اللائحة بشأن فتح المظاريف الفنية بعد التحقق من سلامة المظاريف المالية ووجود رقم العطاء وتوقيع أعضاء اللجنة السابق إثباته على كل مظروف بجلسة فتح المظاريف الفنية .

(مادة ٢٧)

يكلف موظف مسئول أو أكثر بمراجعة العروض المالية قبل تفريغها مراجعة حسابية تفصيلية والتوقيع عليها بما يفيد هذه المراجعة وإذا وجد اختلاف بين سعر الوحدة وإجمالى

سعر الوحدات يعول على سعر الوحدة ، ويؤخذ بالسعر المبين بالتفقيط فى حالة وجود اختلاف بينه وبين السعر المبين بالأرقام .

وتكون نتيجة هذه المراجعة هى الأساس الذى يعول عليه فى تحديد سعر العطاء .

وتجرى عملية تفريغ العروض المالية وفقاً للشروط والضوابط المنصوص عليها بهذه اللائحة بالنسبة لتفريغ العروض الفنية .

(مادة ٢٨)

بمراعاة ما تقضى به أحكام المادة ١٦ من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات تتولى لجنة البت إجراء المفاضلة والمقارنة بين العروض بعد توحيد أسس المقارنة من جميع النواحى الفنية والمالية - مع الأخذ فى الاعتبار شروط توفير الضمان والصيانة وقطع الغيار ومستلزمات التشغيل وشروط السداد والتسليم وغيرها من العناصر التى تؤثر فى تحديد القيمة المقارنة للعطاءات بحسب ظروف وطبيعة موضوع التعاقد .

وإذا تضمنت شروط الطرح تقييم العروض بنظام النقاط ، فيتم ترتيب أولوية العطاءات بقسمة القيمة المالية المقارنة لكل عطاء على مجموع النقاط الفنية الحاصل عليها .

وترفع لجنة البت محضراً بإجراءاتها وتوصياتها للسلطة المختصة لتقرير ما تراه .

(مادة ٢٩)

تلغى المناقصة قبل البت فيها بقرار مسبب من السلطة المختصة إذا استغنى عنها نهائياً أو إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك .

ويجوز إلغاء المناقصة فى أى من الحالات الآتية :

(أ) إذا لم يقدم سوى عطاء وحيد أو لم يبق بعد العطاءات المستبعدة إلا عطاء واحد .

(ب) إذا اقترنت العطاءات كلها أو أغلبها بتحفظات .

(جـ) إذا كانت قيمة العطاء الأقل تزيد على القيمة التقديرية .

ويكون الإلغاء فى هذه الحالات بقرار مسبب من السلطة المختصة بناء على توصية لجنة البت .

ويجوز بقرار من السلطة المختصة بناء على توصية لجنة البت قبول العطاء الوحيد إذا توافرت الشروط الآتية :

١ - أن تكون حاجة العمل لا تسمح بإعادة طرح المناقصة أو لا تكون ثمة فائدة ترجى من إعادتها .

٢ - أن يكون العطاء الوحيد مطابقاً للشروط ومناسباً من حيث السعر .

(مادة ٣٠)

فى حالة إلغاء المناقصة قبل الميعاد المحدد لفتح المظاريف يرد إلى المشترى ثمن كراسة الشروط والقوائم والمواصفات بناء على طلبه بشرط أن يعيدها كاملة إلى الجهة المختصة .

وإذا كان الإلغاء بعد الميعاد المذكور ، فلا يجوز رد الثمن إلا لمن تقدم فى المناقصة وبناء على طلبه وبشرط أن يعيد المستندات كاملة إلى الجهة المختصة .

أما إذا ألغيت المناقصة بسبب عدم مطابقة العطاءات للمواصفات أو الشروط فلا يجوز رد الثمن .

على أنه فى الحالات التى يتقرر فيها الإلغاء وإعادة الطرح بذات الشروط والمواصفات فلا يحصل الثمن من الراغبين فى الدخول فى العملية الجديدة ممن سبق قيامهم بشراء كراسة العملية الملغاة .

(مادة ٣١)

بمراعاة أحكام المادة (٤٠) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات يجب على مدير إدارة المشتريات إخطار الذين أرسيت عليهم المناقصة بأوامر التوريد أو أوامر الإسناد فى خلال مدة لا تجاوز سبعة أيام عمل تبدأ من اليوم التالى لانقضاء عشره أيام من تاريخ إعلان أسباب القرارات الخاصة بإرساء المناقصة فى لوحة الإعلانات المخصصة لهذا الغرض .

كما يطلب منهم سداد قيمة التأمين النهائى فى خلال المدة المحددة لذلك .

(مـادة ٣٢)

- يجب أن يحرر عقد متى بلغ مجموع قيمة مارسا توريده أو تنفيذه خمسين ألف جنيه أما فيما يقل عن ذلك فيجب أخذ إقرار مكتوب من المتعاقد مع الجهة الإدارية شاملاً كافة الضمانات اللازمة لتنفيذ التعاقد .

ويحرر العقد من ثلاث نسخ على الأقل تسلم نسخة منها لإدارة الحسابات ومعها جميع العطاءات وصورة من كشف التفريغ للمراجعة عليها وتسلم نسخة للمتعاقد وتحفظ النسخة الثالثة بالإدارة المختصة بالتنفيذ .

ويجب أن يبين على كل نسخة قيمة التأمين النهائي ونوعه وتاريخ توريده .

ويقوم المتعاقد ورئيس القسم المختص أو مدير إدارة المشتريات بالتوقيع على العينات النموذجية والعينات المقبولة وختمها بخاتم الجهة الإدارية بطريقة لا يمكن معها تغيير العينات .

(مـادة ٣٣)

يجب على الجهة الإدارية المتعاقدة إبلاغ كل من مصلحة الضرائب ومصلحة الضرائب على المبيعات عن كل الصفقات أو الأعمال التي تجريها الجهة على أن يشمل التبليغ البيانات الآتية :

١ - اسم المتعاقد ثلاثياً .

٢ - عنوان المنشأة وقسم الشرطة التابع له .

٣ - القيمة الإجمالية للعقد .

٤ - طبيعة التعاقد والمدة التي يتم فيها تنفيذه والتاريخ المحدد لنهايته .

٥ - بيانات القيد بالسجل التجارى أو الصناعى أو سجل المستوردين أو بالاتحاد المصرى لمقاولى التشييد والبناء الخاصة بالمتعاقد .

٦ - بيانات إثبات الشخصية (بطاقة شخصية أو عائلية) .

٧ - رقم البطاقة الضريبية .

٨ - رقم التسجيل لدى مصلحة الضرائب على المبيعات إذا كان المتعاقد مسجلاً طبقاً لأحكام القانون .

كما يجب إبلاغ كل من المصلحتين المذكورتين بأية تعديلات تطرأ على القيمة الإجمالية للعقد أو على مدة تنفيذه وجميع المبالغ التى تصرف للمتعاقد بمجرد صرفها .

كذلك يجب على الجهة الإدارية المتعاقدة إبلاغ مصلحة الجمارك بالبيانات المشار إليها بالنسبة للعقود التى يدخل فى مشمولها أصناف أو مهمات مستوردة .

الفصل الثانى

المناقصة المحدودة

(مادة ٣٤)

يكون التعاقد بطريق المناقصة المحدودة بقرار مسبب من السلطة المختصة فى الحالات التى تتطلب طبيعتها قصر الاشتراك فى المناقصة على موردين أو مقاولين أو استشاريين أو فنيين أو خبراء بذواتهم سواء فى مصر أو فى الخارج ، على أن تتوافر بشأنهم شروط الكفاية الفنية والمالية وحسن السمعة .

(مادة ٣٥)

توجه الدعوة لتقديم العطاءات فى المناقصات المحدودة لأكبر عدد ممكن من المشتغلين بنوع النشاط الخاص بموضوع المناقصة والذين تعتمد أسماءهم السلطة المختصة من بين المقيدين بسجلات الجهة الإدارية أو غيرهم وذلك بموجب كتب موصى عليها قبل الموعد المحدد لفتح المظاريف الفنية بخمسة عشر يوما على الأقل ، ويجوز بالإضافة إلى ذلك تسليم الدعوة بأية طريقة أخرى مناسبة مع إثبات موعد تسليمها لأصحاب الشأن .

ويجب أن تتضمن الدعوة كافة البيانات الواجب ذكرها فى الإعلان عن المناقصة العامة وفق أحكام هذه اللائحة .

(مادة ٣٦)

فيما عدا ماتقدم تخضع المناقصة المحدودة لكافة القواعد والأحكام والإجراءات والشروط المنصوص عليها بهذه اللائحة بالنسبة للمناقصات العامة .

(الفصل الثالث)

المناقصة المحلية

(مادة ٣٧)

يكون التعاقد بطريق المناقصة المحلية بقرار مسبب من السلطة المختصة فيما لاتزيد قيمته على مائتى ألف جنيه .

وتوجه الدعوة لأكبر عدد ممكن من المشتغلين بنوع النشاط الخاص بموضوع المناقصة ممن يقع نشاطهم فى نطاق المحافظة التى يتم بدائرتها تنفيذ التعاقد والذين تعتمد أسماءهم السلطة المختصة من بين المقيدين بسجلات الجهة الإدارية أو غيرهم وذلك بموجب خطابات موصى عليها قبل الموعد المحدد لفتح المظاريف الفنية بعشرة أيام على الأقل ، وفى حالة الاستعجال يتم إرسالها مع مخصوص قبل الموعد المحدد بثمان وأربعين ساعة على الأقل وتسلم بموجب إيصال مؤرخ .

ويجب أن تتضمن الدعوة كافة البيانات الواجب ذكرها فى الإعلان عن المناقصة العامة وفق أحكام هذه اللائحة .

(مادة ٣٨)

فيما عدا ماتقدم تخضع المناقصة المحلية لكافة القواعد والأحكام والإجراءات والشروط المنصوص عليها بهذه اللائحة بالنسبة للمناقصات العامة .

(مادة ٣٩)

فى المناقصات التى لاتجاوز قيمتها خمسين ألف جنيه تشكل لجنة بقرار من السلطة المختصة برئاسة موظف مسئول وعضوية موظفين تتناسب وظائفهم وخبراتهم مع موضوع المناقصة وتقوم هذه اللجنة بفتح المظاريف وفحص العطاءات وتفريغها والبت فى المناقصة وتدوين توصياتها على كشف التفريغ ورفعه للسلطة المختصة لتقرير ماتراه .

(الفصل الرابع)

الممارسة العامة

(مادة ٤٠)

يكون التعاقد بطريق الممارسة العامة بقرار من السلطة المختصة التى تصدر قرارا بتشكيل لجنة الممارسة برئاسة موظف مسئول وعضوية عناصر فنية ومالية وقانونية وفق أهمية وطبيعة التعاقد .

ويجب أن يشترك فى عضوية لجنة الممارسة من تندبه وزارة المالية لذلك وعضو من إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة يندبه رئيسها وذلك فى الحدود المنصوص عليها فى قانون تنظيم المناقصات والمزايدات .

(مادة ٤١)

يجب الإعلان عن الممارسة العامة فى الوقت المناسب طبقا لإجراءات النشر عن المناقصة العامة المبينة بهذه اللائحة .

على أنه يجوز فى حالة الاستعجال وبموافقة السلطة المختصة تقصير المدة المحددة لتقديم العروض على ألا تقل تلك المدة عن عشرة أيام من تاريخ أول إعلان عن الممارسة .

(مادة ٤٢)

تعقد لجنة الممارسة جلسة علنية يحضرها مقدمو العروض أو مندوبوهم وذلك لفتح المظاريف الفنية فقط - دون المظاريف المالية - وقراءة محتوياتها واتخاذ كافة الإجراءات المنصوص عليها بهذه اللائحة بشأن فتح المظاريف الفنية فى المناقصة العامة .

(مادة ٤٣)

تتولى لجنة الممارسة الدراسة الفنية للعروض المقدمة للتحقق من مدى مطابقتها للشروط والمواصفات الفنية المطروحة .

وترفع اللجنة تقريرا للسلطة المختصة يتضمن توصياتها من حيث قبول أو رفض أى من العروض وأسباب ذلك .

(مادة ٤٤)

بعد اعتماد السلطة المختصة لتوصيات لجنة الممارسة بنتيجة الدراسة الفنية للعروض تتولى إدارة المشتريات إخطار مقدمى العروض المقبولة فنياً بموعد ومكان إنعقاد لجنة فتح المظاريف المالية - السابق تقديمها منهم - ليتسنى حضورهم أو مندوبيهم أعمال لجنة الممارسة .

ويجب مراعاة انقضاء سبعة أيام عمل على الأقل بين تاريخ إعلان أسباب القرارات الخاصة بقبول أو استبعاد العروض الفنية فى لوحة الإعلانات المخصصة لهذا الغرض وبين تاريخ إرسال الإخطارات الخاصة بموعد فتح المظاريف المالية .

وتتولى لجنة الممارسة إجراء ممارسة مقدمى العروض المقبولة فنيا أو مندوبيهم فى جلسات علنية للوصول إلى أفضل الشروط وأقل الأسعار بمراعاة توحيد أسس المقارنة بين العروض من جميع النواحى الفنية والمالية .

وترفع اللجنة محضراً بتوصياتها موقعاً من جميع أعضائها ومن رئيسها للسلطة المختصة لتقرير ماتراه .

(مادة ٤٥)

يخضع التعاقد بطريق الممارسة العامة للشروط العامة للمناقصات العامة فيما لم يرد بشأنه نص خاص بهذه اللائحة .

(الفصل الخامس)

الممارسة المحدودة

(مادة ٤٦)

يكون التعاقد بطريق الممارسة المحدودة فى الحالات المنصوص عليها بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات بقرار مسبب من السلطة المختصة التى تصدر قراراً بتشكيل لجنة الممارسة برئاسة موظف مسئول وعضوية عناصر فنية ومالية وقانونية وفق أهمية وطبيعة التعاقد .

ويجب أن يشترك فى عضوية لجنة الممارسة من تندبه وزارة المالية لذلك وعضو من إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة يندبه رئيسها وذلك فى الحدود المنصوص عليها بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات .

(مادة ٤٧)

توجه الدعوة لتقديم العروض فى الممارسات المحدودة بخطابات موصى عليها تتضمن كافة البيانات الواجب ذكرها فى الإعلان عن المناقصات العامة والمبينة بهذه اللائحة مع تحديد أو ل اجتماع للجنة الممارسة على ألا تقل المدة المحددة لتقديم العروض عن خمسة عشر يوما من تاريخ إرسال الدعوات .

ويجوز فى حالة الاستعجال وبموافقة السلطة المختصة إرسال الدعوة مع مخصوص قبل الموعد المحدد بخمسة أيام على الأقل وتسلم بموجب إيصال مؤرخ .

ويراعى فى جميع الحالات توجيه الدعوة إلى أكبر عدد من المشتغلين بنوع النشاط موضوع الممارسة الذين تعتمد أسماءهم السلطة المختصة من بين المقيدين بسجلات الجهة الإدارية أو غيرهم .

(مادة ٤٨)

تباشر لجنة الممارسة إجراءاتها على النحو المقرر بشأن إجراءات الممارسة العامة والمنصوص عليها بهذه اللائحة .

(مادة ٤٩)

تخضع الممارسة المحدودة لكافة الشروط العامة للمناقصات العامة فيما لم يرد فيه نص خاص بهذه اللائحة .

(الفصل السادس)

الاتفاق المباشر

(مادة ٥٠)

يكون التعاقد بطريق الاتفاق المباشر بقرار مسبب من السلطة المختصة فى الحالات والحدود المنصوص عليها بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات ، وتحدد تلك السلطة من يناط بهم مباشرة إجراء التعاقد من أهل الخبرة فى العملية المطروحة والذين يقع على عاتقهم مسئولية التحقق من مطابقة الأصناف أو الأعمال من حيث النوع والمواصفات للغرض

المطلوبة من أجله وأن الأسعار مناسبة لسعر السوق من واقع ما يتم الحصول عليه من عروض ترفق بأوراق العملية .

على أنه فى الحالات التى تتطلب بحسب طبيعتها ضمان المتعاقد لسلامة مايتم توريده أو تنفيذه من أعمال - فيتم حجز ما يعادل (٥ ٪) من مستحقاته تصرف له بعد انتهاء مدة الضمان المتفق عليها .

(مادة ٥١)

لايجوز تكرار التعاقد بطريق الاتفاق المباشر أكثر من مرة واحدة فى ذات السنة المالية بالنسبة لذات العملية موضوع التعاقد إلا فى الحالات التى لايجاوز فيها مجموع قيمة مايتم تكراره من تعاقدات عن ذات العملية الحد الأقصى المقرر قانوناً .

(مادة ٥٢)

يكون اعتماد نتيجة التعاقد بطريق الاتفاق المباشر من السلطة المختصة .

(القسم الثالث)

الاشتراطات العامة

الفصل الأول

الشروط العامة

(مادة ٥٣)

يجب على مقدمى العطاءات أن يتبعوا الأحكام الواردة فى المواد الآتية :

(مادة ٥٤)

تقدم العطاءات موقعة من أصحابها على نموذج العطاء المختوم بخاتم الجهة الإدارية والمؤشر عليه برقم وقسيمة تحصيل الثمن وتاريخها وعلى جدول الفئات المرافق له ، ويجب أن يثبت على كل من مظروفى العطاء الفنى والمالى نوعه من الخارج ، ويوضع المظروفين داخل مظروف مغلق بطريقة محكمة ويوضح عليه اسم وعنوان الجهة الإدارية أو الوحدة المختصة وأن ما بداخله المظروف الفنى والمظروف المالى لجلسة (   ) ويكون تقديم

العطاءات إما بإرسالها بالبريد الموصى عليه خالصة الأجر أو وضعها داخل الصندوق المختص لوضع العطاءات بالجهة أو تسليمها لقلم المحفوظات بها بموجب إيصال يثبت فيه تاريخ التسليم وساعته .

ويجوز إذا كان العطاء مقدما من فرد أو شركة فى الخارج أن يقدم على النموذج الخاص بمقدم العطاء بشرط قيامه بسداد ثمن كراسة الشروط والمواصفات .

(مادة ٥٥)

على مقدم العطاء مراعاة مايلى فى إعداده لقائمة الأسعار (جدول الفئات) التى يتم وضعها داخل المظروف المالى .

١ - تكتب أسعار العطاء بالحبر الجاف أو السائل أو الطباعة رقما وحروفا باللغة العربية ويكون سعر الوحدة فى كل صنف بحسب ماهو مدون بجدول الفئات عدداً أو وزناً أو مقاسا أو غير ذلك دون تغيير أو تعديل فى الوحدة .

ويجوز فى حالة تقديم العطاء من فرد أو شركة فى الخارج أن تكتب الأسعار بالعملة الأجنبية وتتم معادلتها بالعملة المصرية بالسعر المعلن فى تاريخ فتح المظاريف .

ويجب أن تكون قائمة الأسعار مؤرخة وموقعة من مقدم العطاء .

٢ - لايجوز الكشط أو المحو فى جدول الفئات وكل تصحيح فى الأسعار أو غيرها يجب إعادة كتابته رقما وحروفا وتوقيعه .

٣ - لايجوز لمقدم العطاء شطب أى بند من بنوده أو من المواصفات الفنية أو إجراء تعديل فيه مهما كان نوعه .

وإذا رغب فى إبداء أية ملاحظات خاصة بالنواحى الفنية فيثبتها فى كتاب مستقل يتضمنه المظروف الفنى .

ولايلتفت إلى أى إدعاء من صاحب العطاء بحصول خطأ فى عطائه إذا قدم بعد فتح المظاريف الفنية .

٤ - إذا سكت مقدم العطاء فى مناقصات توريد الأصناف عن تحديد سعر صنف من الأصناف المطلوب توريدها بقائمة الأسعار المقدمة منه فيعتبر ذلك امتناعا منه عن الدخول فى المناقصة بالنسبة إلى هذا الصنف أما فى مقاولات الأعمال فللجهة الإدارية مع الاحتفاظ بالحق فى استبعاد العطاء أن تضع للبند الذى سكت مقدم العطاء عن تحديد فئته أعلى فئة لهذا البند فى العطاءات المقبولة وذلك للمقارنة بينه وبين سائر العطاءات فإذا أرسيت عليه المناقصة فيعتبر أنه ارتضى المحاسبة على أساس أقل فئة لهذا البند فى العطاءات المقبولة دون أن يكون له حق المنازعة فى ذلك .

٥ - يبين فى قائمة الأسعار ما إذا كان الصنف مصنوعا فى مصر أو فى الخارج ويترتب على عدم صحة هذه البيانات كلها أو بعضها رفض الصنف علاوة على شطب اسم مقدم العطاء من سجل الموردين .

٦ - الفئات التى حددها مقدم العطاء بجدول الفئات تشمل وتغطى جميع المصروفات والالتزامات أيا كان نوعها التى يتكبدها بالنسبة إلى كل بند من البنود وكذلك تشمل القيام بإتمام توريد الأصناف وتنفيذ جميع الأعمال وتسليمها للجهة الإدارية والمحافظة عليها أثناء مدة الضمان طبقا لشروط العقد وتتم المحاسبة النهائية بالتطبيق لهذه الفئات بصرف النظر عن تقلبات السوق والعملة والتعريفة الجمركية وغيرها من الضرائب والرسوم الأخرى .

(مادة ٥٦)

فى جميع الحالات التى يشتمل فيها موضوع التعاقد على توريد أو توريد وتركيب أصناف أو مهمات مستوردة من الخارج - فيجب أن يقدم مع الفاتورة أو المستخلص المستندات الدالة على تمام سداد كافة الضرائب والرسوم الجمركية المستحقة عليها وفقاً للقوانين والقرارات المنظمة لذلك .

(مادة ٥٧)

على مقدمى العطاءات ضرورة تضمين المظروف الفنى جميع البيانات الفنية وغيرها من البيانات والمعلومات والمستندات التى تطلبها الجهة الإدارية بما فى ذلك

المستندات الدالة على سابقة الخبرة والقيد فى المكاتب أو السجلات أو النقابات أو الاتحادات التى يكون القيد فيها واجباً قانوناً .

وإذا رغب مقدمو العطاءات فى إبداء أية ملاحظات خاصة بالنواحى الفنية فتثبت فى كتاب مستقل يتضمنه المظروف الفنى .

(مادة ٥٨)

يكون العطاء عن توريد الأصناف حسب العينات النموذجية للجهة الإدارية والمواصفات أو الرسومات المعتمدة التى يجب على مقدم العطاء الاطلاع عليها ويعتبر تقديمه العطاء إقراراً منه باطلاعه عليها ويتولى التوريد طبقاً لها ولو رافقت عطاءه عينات أخرى .

على أنه بالنسبة إلى المنتجات الغذائية والكيماوية يكون التوريد حسب المواصفات المحددة لها وإذا لم يكن لها مواصفات يكون التوريد حسب العينات التى يطلب تقديمها مع العطاءات وإذا كانت هذه العينات مما يفسد ولاتبقى سليمة حتى التوريد فيكون قبول التوريد على أساس مطابقة نتائج فحصها على نتائج فحص عينات التوريد .

وبالنسبة إلى المنتجات الهندسية والمعدنية والكهربائية يكون التوريد حسب المواصفات دون التقيد بالعينات ، ويجوز تقديم عينات للاسترشاد بها فقط .

أما منتجات الغزل والنسيج فيكون قبولها وفقا للشروط والمواصفات والتجاوزات الفنية التى تقرها وزارة الصناعة .

وإذا ما أجازت الجهة الإدارية المختصة فى إعلانها تقديم عينات مع العطاءات فيجب أن تكون من حجم أو مقاس أو وزن يسمح بالفحص وأن تنطبق عليها المواصفات .

ويكون لمقدمى العينات الحق فى استردادها فى خلال أسبوعين من تاريخ إخطارهم برفضها بكتاب موصى عليه وإلا أصبحت ملكا للجهة الإدارية دون مقابل .

(مادة ٥٩)

يبقى العطاء نافذ المفعول وغير جائز الرجوع فيه من وقت تصديره بمعرفة مقدم العطاء بغض النظر عن ميعاد استلامه بمعرفة الجهة الإدارية وحتى نهاية مدة سريان العطاء المحددة باستمارة العطاء المرافقة للشروط .

(مادة ٦٠)

إذا سحب مقدم العطاء عطاءه قبل الميعاد المعين لفتح المظاريف الفنية فيصبح التأمين المؤقت المودع حقا للجهة الإدارية دون حاجة إلى إنذار أو الالتجاء إلى القضاء أو إتخاذ أية إجراءات أو إقامة الدليل على حصول ضرر .

(مادة ٦١)

يجب أن يكون مقدم العطاء مقيما فى جمهورية مصر العربية أو يكون له وكيل فيها وإلا وجب عليه أن يبين فى عطائه الوكيل المعتمد منه فى جمهورية مصر العربية فيما لو رست عليه المناقصة وأن يبين فى عطائه العنوان الذى يمكن مخابرته فيه ويعتبر إعلانه صحيحاً .

وإذا كان العطاء مقدماً من وكيل عن صاحب العطاء فعليه أن يقدم معه توكيلا مصدقا عليه من السلطات المختصة بالإضافة إلى كافة البيانات والمستندات التى يجب عليه تقديمها وفقا لأحكام القوانين والقرارات التى تنظم ذلك .

(مادة ٦٢)

كل عطاء مقدم من شركة يجب أن ترافقه صورة رسمية من عقد تأسيسها ومن نظامها الأساسى وعند تقديم عطاء من منشأة تجارية لأكثر من شخص واحد فيجب أن ترافقه صورة رسمية من عقد المشاركة .

وفى كلتا الحالتين يجب أن ترافق الصورة المقدمة بيان بأسماء الأشخاص المصرح لهم بالتعاقد لحساب الشركة أو المنشأة ومدى هذا الحق وحدوده وأسماء المسئولين مباشرة عن تنفيذ شروط العقود وإمضاء الايصالات وإعطاء المخالصات باسم الشركة أو المنشأة ونماذج من إمضاءاتهم على أن تكون هذه النماذج على ذات صورة العقد أو التوكيل .

وإذا كان العطاء مقدما من شخص طبيعى أو معنوى فيجب أن ترافق العطاء صورة معتمدة من بطاقته الضريبية ومن شهادة تسجيله لدى مصلحة الضرائب على المبيعات .

(مادة ٦٣)

يجب أن تصل العطاءات إلى الجهة الإدارية أو الوحدة المختصة فى ميعاد غايته الساعة الثانية عشرة من ظهر اليوم المحدد بالإعلان لفتح المظاريف الفنية .

ولايعتد بأى عطاء أو تعديل فيه يرد بعد الميعاد المذكور - ولايسرى ذلك على أى تعديل لصالح الجهة الادارية يقدم من صاحب أقل العطاءات المطابقة للشروط والمواصفات طالما أنه لايؤثر فى أولوية العطاء .

(مـــادة ٦٤)

يكون للجهة الإدارية الحق فى مراجعة الأسعار المقدمة سواء مـن حيث مفرداتها أو مجموعها وإجراء التصحيحات المادية إذا اقتضى الأمر ذلك .

ويعول على السعر المبين بالحروف ولايعتد بالعطاء المبنى على خفض نسبة مئوية عن أقل عطاء يقدم فى المناقصة .

(مـــادة ٦٥)

تكون العطاءات المقترنة بتسهيلات إئتمانية محل اعتبار عند البت فى أولوية العطاءات .

(مـــادة ٦٦)

يكون توريد الأصناف فى المواعيد والأماكن المبينة بقائمة الأسعار ويراعى عند وضع الأسعار بالعطاء :

(أ) إذا كان تسليم الأصناف بميناء الشحن على ظهر المركب (فوب) FOB فيجب أن يشمل السعر المبين بالعطاء العبوات بكافة أنواعها وكذا مصروفات النقل إلى ظهر المركب .

(ب) إذا كان التسليم C & F أو CIF أو بميناء الوصول فيشمل السعر علاوة على المبين بالبند (أ) نولون الشحن البحرى أو الجوى ومصروفات التفريغ من المركب أو الطائرة كما يشمل قيمة التأمين فى حالة CIF أو ميناء الوصول .

وفى كلتا الحالتين إذا اشترط مقدم العطاء قيام الجهة صاحبة الشأن بدفع الثمن بموجب اعتماد يفتح بواسطتها لحسابه أو لحساب عملائه فى الخارج أو فى الداخل فإنه يتحمل مصاريف فتح الاعتماد وعليه أن يبين مقدار المبالغ المطلوب تحويلها إلى الخارج مع بيان نوع العملة والجهة التى سيتم الاستيزاد منها .

ومع ذلك يجوز للسلطة المختصة بعد موافقة لجنة البت الموافقة على تحمل الجهة بمصروفات فتح الاعتماد إذا اشترط مقدم العطاء ذلك على أن يؤخذ هذا الشرط فى الاعتبار عند المقارنة والمفاضلة بين مختلف العروض من حيث الأسعار والشروط المقدمة .

(جـ) إذا كان التسليم بمخازن الجهة الإدارية فيجب أن يشمل السعر علاوة على المبين بالبند (ب) رسوم الجمارك وجميع أنواع الرسوم الأخرى وضريبة المبيعات وغيرها من الضرائب السارية وقت تقديم العطاء ومصروفات النقل الداخلى بحيث تسلم الأصناف لمخازن الجهة الإدارية خالصة من جميع الضرائب والرسوم والمصروفات .

(د) إذا حدث تغيير فى التعريفة الجمركية أو الرسوم أو الضرائب الأخرى التى تحصل عن الأصناف الموردة فى المدة الواقعة بين تقديم العطاء وآخر موعد للتوريد.وكان التوريد قد تم فى غضون المدة المحددة له فيسوى الفرق تبعا لذلك بشرط أن يثبت المورد أنه أدى الرسوم والضرائب على الأصناف الموردة على أساس الفئات المعدلة بالزيادة أما فى حالة ما إذا كان التعديل بالنقص فتخصم قيمة الفرق من العقد إلا إذا أثبت المورد أنه أدى الرسوم على أساس الفئات الأصلية قبل التعديل .

وفى حالة التأخير فى التوريد عن المواعيد المحددة فى العقد وكان تعديل فئات الضرائب والرسوم قد تم بعد هذه المواعيد فإن المورد يتحمل عن الكميات المتأخرة كل زيادة فى الرسوم والضرائب المشار إليها إلا إذا أثبت أن التأخير يرجع إلى القوة القاهرة أما النقص فيها فتخصم قيمته من قيمة العقد .

(مـــادة ٦٧)

يجوز لمقدم العطاء أو مندوبه أن يحضر جلسة فتح كل من المظاريف الفنية والمالية فى الموعد المحدد لذلك لسماع قراءة محتوياتها .

(مـــادة ٦٨)

إذا تساوت الأثمان بين عطاءين أو أكثر يجوز تجزئة المقادير المعلن عنها بين مقدميها إذا كان ذلك فى صالح العمل ويجوز ذلك أيضا إذا كان مقدم العطاء الأقل سعراً يشترط مدداً بعيدة للتوريد لا تتناسب وحالة العمل بالجهة الإدارية وذلك بالتعاقد مع صاحب أنسب العطاءات التالية على أقل كمية تلزم لتموين المخازن فى الفترة الواقعة بين تاريخى التوريد ومع صاحب العطاء الأقل عن باقى الكميات وعلى لجنة البت فى هذه الحالة أن تثبت فى تقريرها الباقى من الصنف بالمخزن ومتوسط الاستهلاك .

(مـــادة ٦٩)

يكون الترخيص بصرف مبالغ مقدما من قيمة التعاقد بموافقة السلطة المختصة وبشرط أن يكون الدفع المقدم مقابل خطاب ضمان مصرفى معتمد بذات القيمة والعملة وغير مقيد بأى شروط وسارى المفعول حتى تاريخ الاستحقاق الفعلى لتلك المبالغ ، ويستثنى من شرط تقديم خطاب الضمان المشار إليه حالات التعاقد التى تتم بين جهتين من الجهات الخاضعة لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات .

ويراعى عند المفاضلة والمقارنة بين العطاءات إضافة فائدة تعادل سعر الفائدة المعلن من البنك المركزى وقت البت فى المناقصة إلى قيمة العطاءات المقترنة بالدفع المقدم وذلك عن المبالغ المطلوب دفعها مقدمًا وتحسب الفائدة عن المدة من تاريخ أداء هذه المبالغ حتى تاريخ استحقاقها الفعلى .

على أنه فى الحالات التى تكون فيها بداية تنفيذ العقد معلقة على تحقق أكثر من واقعة من بينها صرف الدفعة المقدمة فيراعى ألا يتم صرفها إلا بعد تحقق جميع الوقائع الأخرى .

ويجب فى جميع الحالات أن يكون الدفع المقدم فى حدود الاعتمادات المدرجة بالموازنة عن السنة المالية التى يتم فيها التعاقد .

(الفصل الثانى)

فى التأمينات

(مــادة ٧٠)

تؤدى التأمينات نقدا بإيداعها بخزينة الجهة الإدارية بموجب إيصال رسمى يثبت فى العطاء رقمه وتاريخه ولا تحسب فائدة على هذه المبالغ وتقبل الشيكات على المصارف المحلية إذا كان مؤشراً عليها بالقبول من المصرف المسحوبة عليه كما تقبل الشيكات المسحوبة على مصارف بالخارج بشرط التأشير عليها بالقبول من أحد المصارف المعتمدة بالداخل .

وإذا كان التأمين خطاب ضمان وجب أن يصدر من أحد المصارف المحلية المعتمدة وألا يقترن بأى قيد أو شرط وأن يقر فيه المصرف بأن يدفع تحت أمر الجهة الإدارية مبلغًا يوازى التأمين المطلوب وأنه مستعد لأدائه بأكمله عند أول طلب منها دون الالتفات إلى أية معارضة من مقدم العطاء .

وعندما يرد لإحدى الجهات الإدارية خطابات ضمان عن التأمين المستحق من أحد المصارف المرخص لها فى إصدار خطابات الضمان أو أحد فروعها عليها أن تتحقق من أن المصرف أو الفرع قد أعطى إقراراً على خطابات الضمان بأنه لم يجاوز الحد الأقصى المعين لمجموع خطابات الضمان المرخص للمصرف فى إصدارها .

فإذا تبين عند مراجعة الإخطارات بوزارة الاقتصاد أن المصرف قد تعدى الحد الأقصى المحدد له أخطرت الجهة الإدارية فوراً لمطالبة المصرف بأن يؤدى إليها فى ميعاد لا يجاوز ثلاثة أيام عمل قيمة خطاب الضمان نقداً .

وإذا كانت خطابات الضمان محددة المدة فيجب ألا تقل مدة سريانها عن ثلاثين يومًا على الأقل بعد انتهاء المدة المحددة لسريان العطاءات ، وبالنسبة للتأمين النهائى يكون سريان خطاب الضمان لمدة تبدأ من وقت إصداره إلى ما بعد انتهاء مدة تنفيذ العقد بثلاثة أشهر ، إلا إذا اتفق على غير ذلك .

ويجوز لمقدم العطاء طلب خصم قيمة التأمين من مبالغ مستحقة له لدى الجهة الإدارية بشرط أن تكون صالحة للصرف وقت تقديم العطاء أو وقت تقديم الطلب بالنسبة للتأمين النهائى .

(مـــادة ٧)

يكون سداد التأمين النهائى خلال المدة المحددة لذلك بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات - ويجوز بناء على طلب صاحب العطاء المقبول أن تخصم قيمة التأمين النهائى من المبالغ المسددة علـ [illegible] التأمين المؤقت المقدم عن ذات العملية ، وإذا جاوزت تلك المبالغ قيمة التأمين النهائى المستحق فيتم رد الزيادة بغير طلب خلال فترة لا تجاوز سبعة أيام عمل من تاريخ إتمام التسوية اللازمة .

ولا يحصل التأمين النهائى إذا قام صاحب العطاء المقبول بتوريد جميع الأصناف التى رسا عليه توريدها وقبلتها الجهة الإدارية المتعاقدة نهائيا خلال المدة المحددة لإيداع التأمين النهائى .

أما إذا كان التوريد المقبول عن جزء من الأصناف المشار إليها وكان ثمنه يكفى لتغطية قيمة التأمين النهائى فيخصم من ثمن الجزء المورد ما يعادل قيمة هذا التأمين من مجموع قيمة العطاء ويحتفظ به لدى الجهة المتعاقدة بمثابة تأمين نهائى حتى تمام تنفيذ العقد .

(مـــادة ٧٢)

مع عدم الإخلال بأحكام هذه اللائحة يرد التأمين المؤقت إلى أصحاب العطاءات غير المقبولة بغير توقف على طلب منهم سواء كان نقدا أو بشيك أو بخطاب ضمان وذلك فى خلال مدة لا تجاوز سبعة أيام عمل بعد انتهاء المدة المحددة لسريان العطاء أو قبل ذلك إذا تم تحصيل التأمين النهائى من صاحب العطاء المقبول .

ويجب الاحتفاظ بالتأمين النهائى بأكمله إلى أن يتم تنفيذ العقد بصفة نهائية بما فى ذلك مدة الضمان طبقا للشروط وحينئذ يرد التأمين أو ما تبقى منه لصاحبه بغير توقف على طلب منه وذلك فى خلال مدة لا تتجاوز سبعة أيام عمل بعد إتمام تنفيذ العقد بصفة نهائية .

(مـــادة ٧٣)

يجوز بموافقة السلطة المختصة وبناء على طلب صاحب الشأن استبدال التأمين المؤقت أو النهائى المسدد منه بأحد صور السداد الأخرى المنصوص عليها بهذه اللائحة ، ويراعى ألا تنقطع مدة سريان التأمين وعدم الإخلال بمسئوليته طبقا للغرض المقدم عنه التأمين .

(القسم الرابع)

إجراءات تنفيذ العقود

(الفصل الأول)

الشروط العامة

(مـــادة ٧٤)

تبدأ المدة المحددة للتوريد من اليوم التالى لإخطار المورد بأمر التوريد - إلا إذا اتفق على خلاف ذلك - ويكون إخطار الموردين فى الخارج بموجب برقيات تؤيد بكتاب لاحق على أن يتضمن أمر التوريد الأصناف والكميات والفئات ومكان التسليم ومواعيد بدء التوريد وانتهائه .

وتبدأ المدة المحددة لتنفيذ عقود الأعمال من التاريخ الذى يسلم فيه الموقع للمقاول خاليا من الموانع - إلا إذا اتفق على خلاف ذلك - ويكون التسليم بموجب محضر يوقع من الطرفين ومحرر من نسختين تسلم إحداهما للمقاول وتحتفظ الجهة الإدارية بالنسخة الأخرى ، وإذا لم يحضر المقاول أو مندوبه لتسلم الموقع فى التاريخ الذى تحدد له فى أمر الإسناد فيحرر محضر بذلك ويعتبر هذا التاريخ موعدا لبدء تنفيذ العمل .

(مـــادة ٧٥)

يجوز للجهة الإدارية فسخ العقد أو تنفيذه على حساب المتعاقد إذا أخل بأى شرط من شروطه ويكون الفسخ أو التنفيذ على حساب المتعاقد بقرار من السلطة المختصة يخطر به بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين فى العقد .

(مـــادة ٧٦)

لا يجوز للمتعاقد النزول عن العقد أو عن المبالغ المستحقة له كلها أو بعضها ، ومع ذلك يجوز أن يتنازل عن تلك المبالغ لأحد البنوك ويكتفى فى هذه الحالة بتصديق البنك دون الإخلال بمسئولية المتعاقد عن تنفيذ العقد ، كما لا يخل قبول نزوله عن المبلغ المستحق له بما يكون للجهة الإدارية قبله من حقوق .

(مـــادة ٧٧)

إذا توفى المتعاقد جاز للجهة الإدارية فسخ العقد مع رد التأمين إذا لم تكن لها مطالبات قبل المتعاقد أو السماح للورثة بالاستمرار فى تنفيذ العقد بشرط أن يعينوا عنهم وكيلا بتوكيل مصدق على التوقيعات فيه وتوافق عليه السلطة المختصة .

وإذا كان العقد مبرمًا مع أكثر من متعاقد وتوفى أحدهم فيكون للجهة الإدارية الحق فى إنهاء العقد مع رد التأمين أو مطالبة باقى المتعاقدين بالاستمرار فى تنفيذه .

ويحصل الإنهاء فى جميع هذه الحالات بموجب كتاب موصى عليه بعلم الوصول دون حاجة إلى اتخاذ أية إجراءات أخرى أو الالتجاء إلى القضاء .

(مـــادة ٧٨)

يحق للجهة الإدارية تعديل كميات أو حجم عقودها بالزيادة أو النقص فى حدود (٢٥٪) بالنسبة لكل بند بذات الشروط والأسعار دون أن يكون للمتعاقد مع هذه الجهات الحق فى المطالبة بأى تعويض عن ذلك .

ويجوز فى حالات الضرورة الطارئة وبموافقة المتعاقد تجاوز النسبة الواردة بالفقرة السابقة .

ويجب فى جميع حالات تعديل العقد الحصول على موافقة السلطة المختصة ووجود الاعتماد المالى اللازم وأن يصدر التعديل خلال فترة سريان العقد وألا يؤثر ذلك على أولوية المتعاقد فى ترتيب عطائه .

وفى مقاولات الأعمال التى تقتضى فيها الضرورة الفنية تنفيذ بنود مستجدة بمعرفة المقاول القائم بالعمل دون غيره ، فيتم التعاقد معه على تنفيذها بموافقة السلطة المختصة وذلك بطريق الاتفاق المباشر وبشرط مناسبة أسعار هذه البنود لسعر السوق .

(الفصل الثانى)

شروط تنفيذ عقود مقاولات الأعمال

(مـــادة ٧٩)

يلتزم المقاول باتباع جميع القوانين واللوائح الحكومية والمحلية ذات الصلة بتنفيذ موضوع التعاقد كما يكون مسئولا عن حفظ النظام بموقع العمل وتنفيذ أوامر الجهة الإدارية بإبعاد كل من يهمل أو يرفض تنفيذ التعليمات أو يحاول الغش أو يخالف أحكام هذه الشروط .

ويلتزم المقاول أيضًا باتخاذ كل ما يكفل منع الإصابات أو حوادث الوفاة للعمال أو أى شخص آخر أو الإضرار بممتلكات الحكومة أو الأفراد وتعتبر مسئوليته فى هذه الحالات مباشرة دون تدخل للجهة الإدارية .

وفى حالة إخلاله بتلك الالتزامات يكون للجهة الإدارية الحق فى تنفيذها على نفقته .

(مادة ٨٠)

يلتزم المقاول بأن يتحرى بنفسه طبيعة الأعمال وعمل كل ما يلزم لذلك من اختبارات وغيرها للتأكد من صلاحية المواصفات والرسومات والتصميمات المعتمدة وعليه إخطار الجهة الإدارية فى الوقت المناسب بملاحظته عليها ويكون مسئولا تبعًا لذلك عن صحة وسلامة جميع ما ورد بها كما لو كانت مقدمة منه .

(مادة ٨١)

جميع المواد والمشونات المعتمدة والقطع والأدوات والآلات التى تكون قد استحضرت بمعرفة المقاول لمنطقة العمل أو على الأرض المشغولة بمعرفته بقصد استعمالها فى تنفيذ العمل وكذلك جميع الأعمال والمنشآت الوقتية الأخرى تظل كما هى ولا يجوز نقلها أو التصرف فيها إلا بإذن الجهة الإدارية إلى أن يتم التسليم المؤقت على أن تبقى فى عهدة المقاول وتحت حراسته ومسئوليته وحده ولاتتحمل الجهة الإدارية فى شأنها أية مسئولية بسبب الضياع أو التلف أو السرقة أو غير ذلك .

ويجب على المقاول أن يهيئ مكاناً صالحاً لتشوين المواد القابلة للتلف بسبب العوامل الجوية وذلك لوقايتها منها بطريقة يوافق عليها مهندس الجهة الإدارية .

(مادة ٨٢)

المقادير والأوزان الواردة بجداول الفئات هى مقادير وأوزان تقريبية قابلة للزيادة أو النقص تبعاً لطبيعة العملية والغرض منها هو بيان مقدار العمل بصفة عامة والمبالغ التى تسدد للمقاول تكون على أساس الكميات التى تنفذ فعلاً سواء أكانت تلك الكميات أقل أم أكثر من الواردة بالمقايسة أو الرسومات وسواء نشأت الزيادة أو العجز عن خطأ فى حساب المقايسة الابتدائية أو عن تغييرات أدخلت فى العمل طبقا لأحكام العقد .

ويجب فى جميع الحالات ألا يؤثر ذلك على أولوية المقاول فى ترتيب عطائه .

ـ ويعتبر المقاول مسئولا عن التحرى بنفسه عن صحة المقادير والأوزان وتعتبر كل فئة من الفئات المدرجة بجدول الفئات ملزمة للمقاول أثناء العقد وغير قابلة لإعادة النظر لأى سبب ولا يكون للمقاول حق طلب مبالغ زيادة أو تعويضات مهما كانت خسارته أو تكبده مصروفات إضافية .

ويقوم مهندس الجهة الإدارية بعملية القياس أو الوزن للأعمال أثناء سير العمل بالاشتراك مع المقاول أو مهندسه أو مندوبه ويتم التوقيع بصحة المقاسات والأوزان من الاثنين فإذا تخلف المقاول أو مندوبه بعد إخطاره يلزم بالمقاسات والأوزان التى يجريها مهندس الجهة الإدارية .

على أنه بالنسبة للجهات التى لا يتوافر فيها العنصر الفنى اللازم فينتدب مهندس من مديرية الإسكان المختصة ويكون مهندس الجهة الإدارية أو مديرية الإسكان مسئولاً عن صحة وسلامة ما يثبته من بيانات فى هذا الشأن .

(مادة ٨٣)

يلتزم المقاول بإنهاء الأعمال موضوع التعاقد بحيث تكون صالحة تماماً للتسليم المؤقت فى المواعيد المحددة - فإذا تأخر جاز للسلطة المختصة إذا اقتضت المصلحة العامة إعطاء مهلة إضافية لإتمام التنفيذ على أن توقع عليه غرامه تأخير اعتباراً من بداية هذه المهلة وإلى أن يتم التسليم الابتدائى وذلك بواقع (١٪) عن كل أسبوع أو جزء منه بحيث لا يجاوز مجموع الغرامة (١٠٪) من قيمة العقد .

وتحسب الغرامة من قيمة ختامى العملية جميعها إذا رأت الجهة الإدارية أن الجزء المتأخر يمنع الانتفاع بما تم من العمل بطريق مباشر أو غير مباشر على الوجه الأكمل فى المواعيد المحددة أما إذا رأت الجهة أن الجزء المتأخر لا يسبب شيئ من ذلك . فيكون حساب الغرامة بالنسب والأوضاع السابقة من قيمة الأعمال المتأخرة فقط .

وتوقـع الغرامة بمجرد حصـول التأخـير دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أى إجراء آخر .

ويعفى المتعاقد من الغرامة بعد أخذ رأى إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة إذا ثبت أن التأخير لأسباب خارجة عن إرادته ، وللسلطة المختصة - فى غير هذه الحالة - بعد أخذ رأى الإدارة المشار إليها إعفاء المتعاقد من الغرامة إذا لَم ينتج عن التأخير ضرر .

ولا يخل توقيع الغرامة بحق الجهة الإدارية فى الرجوع على المتعاقد بكامل التعويض المستحق عما أصابها من أضرار بسبب التأخير .

(مادة ٨٤)

إذا أخل المقاول بأى شرط من شروط العقد أو أهمل أو أغفل القيام بأحد التزاماته المقررة ولم يصلح أثر ذلك خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إنذاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين بالعقد بالقيام بإجراء هذا الإصلاح كان للسلطة المختصة الحق فى اتخاذ أحد الإجراءين التاليين وفقا لما تقتضيه المصلحة العامة :

(أ) فسخ العقد .

(ب) سحب العمل من المقاول وتنفيذه على حسابه بذات الشروط والمواصفات المعلن عنها والمتعاقد عليها وذلك بأحد طرق التعاقد المقررة بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات والأحكام الواردة بهذه اللائحة .

ويكون للجهـة الإدارية فى هذه الحـالة الحق فى احتـجـاز كل أو بعض مـا يوجـد بمحل العمل من منشآت مؤقتة ومبان وآلات وأدوات ومواد وخلافه دون أن تكون مسئولة قبل المقاول أو غيره عنها وعما يصيبها من تلف أو نقص لأى سبب كان أو دفع أى أجر عنها ، كما يكون لها الحق أيضاً فى الاحتفاظ بها حتى بعد انتهاء العمل ضماناً لحقوقها ولها فى سبيل ذلك أن تبيعها دون أدنى مسئولية من جراء البيع .

على أنه فى حالة فسخ العقد أو تنفيذه على حساب المقاول يصبح التأمين النهائى من حق الجهة الإدارية كما يكون لها أن تخصم ما تستحقه من غرامات وقيمة كل خسارة تلحق بها - بما فى ذلك فروق الأسعار والمصاريف الإدارية - من أية مبالغ مستحقة أو تستحق للمتعاقد لديها ، وفى حالة عدم كفايتها تلجأ إلى خصمها من مستحقاته لدى أية جهة إدارية أخرى أياً كان سبب الاستحقاق دون حاجة إلى اتخاذ أية إجراءات قضائية وذلك كله مع عدم الإخلال بحقها فى الرجوع عليه بما لم تتمكن من استيفائه من حقوق بالطريق الإدارى .

(مادة ٨٥)

يجوز بموافقة الجهة الإدارية المتعاقدة وعلى مسئوليتها أن يصرف للمقاول دفعات تحت الحساب تبعاً لتقدم العمل وعلى النحو الآتى :

(أ) بحد أقصى (٩٥٪) من القيمة المقررة للأعمال التى تمت فعلاً مطابقة للشروط والمواصفات وذلك من واقع الفئات الواردة بالجدول .

كما يجوز صرف الـ (٥٪) الباقية نظير كتاب ضمان معتمد من أحد البنوك المحلية ينتهى سريانه بعد مضى ثلاثين يوماً من تاريخ حصول الاستلام المؤقت .

(ب) بحد أقصى (٧٥٪) من القيمة المقررة للمواد التى وردها المقاول لاستعمالها فى العمل الدائم والتى يحتاجها العمل فعلاً بشرط أن تكون مطابقة للشروط وموافقاً عليها وأن تكون مشونة بموقع العمل فى حالة جيدة بعد إجراء الجرد الفعلى اللازم وذلك من واقع فئات العقد ، وتعامل كالمشونات المواد التى تورد لموقع العمل صالحة للتركيب إلى أن يتم تركيبها .

وللجهة الإدارية المتعاقدة الحق فى تنظيم الدفع للمقاول عن الأعمال التى تتم على نحو مغاير إذا اقتضت طبيعة الأعمال المسندة إليه ذلك ولها الحق فى عدم صرف الدفع إذا رأت أن تقدم العمل أو سلوك المقاول غير مرض .

(جـ) بعد تسلم الأعمال مؤقتاً تقوم الجهة الإدارية بتحرير الكشوف الختامية بقيمة جميع الأعمال التى تمت فعلاً ويصرف للمقاول عقب ذلك مباشرة مايستحقه بعد خصم المبالغ التى سبق صرفها على الحساب أو أية مبالغ أخرى مستحقة عليه .

(د) عند تسلم الأعمال نهائياً بعد مدة الضمان وتقديم المقاول المحضر الرسمى الدال على ذلك يسوى الحساب النهائى ويدفع للمقاول باقى حسابه بما فى ذلك التأمين النهائى أو ما تبقى منه .

(مادة ٨٦)

فى حالة سحب العمل كله أو بعضه من المقاول يحرر كشف بالأعمال التى تمت وبالآلات والأدوات التى استحضرت والمهمات التى لم تستعمل والتى يكون قد وردها المقاول بمكان العمل ويحصل ذلك الجرد خلال شهر من تاريخ سحب العمل بمعرفة مندوب الجهة الإدارية وبحضور المقاول بعد إخطاره بكتاب موصى عليه بالحضور هو أو مندوبه ، ويثبت هذا الجرد بموجب محضر يوقعه كل من مندوب الجهة الإدارية والمقاول أو من ينوب عنه فإذا لم يحضر أو لم يرسل مندوبا عنه فيجرى الجرد فى غيابه ، وفى هذه الحالة يخطر المقاول بنتيجة الجرد فإذا لم يبد ملاحظاته خلال أسبوع من تاريخ وصوله إليه كان ذلك بمثابة إقرار منه بصحة البيانات الواردة فى محضر الجرد والجهة الإدارية غير ملزمة بأخذ شىء من هذه المهمات إلا بالقدر الذى يلزم لإتمام الأعمال فقط على شرط أن تكون صالحة للاستعمال أما ما يزيد على ذلك فيكلف المقاول بنقله من محل العمل .

(مادة ٨٧)

على المقاول بمجرد إتمام العمل أن يخلى الموقع من جميع المواد والأتربة والبقايا وأن يمهده ، وإلا كان للجهة الإدارية الحق - بعد إخطاره بكتاب موصى عليه - فى تنفيذ ذلك على حسابه ، ويخطر عندئذ بالموعد الذى حدد لإجراء المعاينة ويحرر محضر التسليم المؤقت بعد إتمام المعاينة ويوقعه كل من المقاول أو مندوبه الموكل بذلك بتوكيل مصدق عليه ومندوبى الجهة الإدارية الذين يخطر المقاول بأسمائهم ويكون هذا المحضر من ثلاث نسخ تسلم إحداها للمقاول وفى حالة عدم حضوره هو أو مندوبه فى الميعاد المحدد تتم المعاينة ويوقع المحضر من مندوبى الجهة الإدارية وحدهم وإذا تبين من المعاينة أن العمل قد تم على الوجه المطلوب اعتبر تاريخ إخطار المقاول للجهة الإدارية باستعداده للتسليم المؤقت موعد إنهاء العمل وبدء مدة الضمان وإذا ظهر من المعاينة أن العمل لم ينفذ على الوجه الأكمل

فيثبت هذا فى المحضر ويؤجل التسليم إلى أن يتضح أن الأعمال قد تمت بما يطابق الشروط (هذا مع عدم الإخلال بمسئولية المقاول طبقاً لأحكام القانون المدنى) وتبدأ من تاريخ المعاينة الأخيرة مدة الضمان .

وبعد إتمام التسليم المؤقت يرد للمقاول - إذا لم توجد قبله مطالبات للجهة المتعاقدة أو لأية جهة إدارية أخرى - ما زاد من قيمة التأمين النهائى على النسبة المحددة من قيمة الأعمال التى تمت فعلاً وتحتفظ الجهة المتعاقدة بهذه النسبة لحين انتهاء مدة الضمان وإتمام التسليم النهائى .

(مادة ٨٨)

يضمن المقاول الأعمال موضوع العقد وحسن تنفيذها على الوجه الأكمل لمدة سنة واحدة من تاريخ التسليم المؤقت وذلك دون إخلال بمدة الضمان المنصوص عليها فى القانون المدنى أو أى قانون آخر ، والمقاول مسئول عن بقاء جميع الأعمال سليمة أثناء مدة الضمان طبقاً لشروط التعاقد فإذا ظهر بها أى خلل أو عيب يقوم بإصلاحه على نفقته وإذا قصر فى إجراء ذلك فللجهة الإدارية أن تجريه على نفقته وتحت مسئوليته .

(مادة ٨٩)

قبل انتهاء مدة الضمان بوقت مناسب يخطر المقاول الجهة الإدارية كتابة للقيام بتحديد موعد للمعاينة .

ومتى تبين أن الأعمال قد نفذت مطابقة للمواصفات بحالة جيدة فيتم تسليمها نهائياً بموجب محضر من ثلاث نسخ يوقعه كل من مندوبى الجهة الإدارية والمقاول أو مندوبه الرسمى تعطى للمقاول نسخه منه وإذا ظهر من المعاينة أن المقاول لم يقم ببعض الالتزامات فيؤجل التسليم النهائى لحين قيامه بما يطلب إليه من الأعمال ، هذا مع عدم الإخلال بمسئوليته طبقاً لأحكام القانون المدنى أو أى قانون آخر .

وعند إتمام التسليم النهائى يدفع للمقاول ما قد يكون مستحقاً له من مبالغ ويرد إليه التأمين النهائى أو ما تبقى منه .

(الفصل الثالث)

شروط تنفيذ عقود التوريد

(مادة ٩٠)

يلتزم المورد بتوريد الأصناف المتعاقد عليها فى الميعاد أو المواعيد المحددة خالصة جميع المصروفات والرسوم ومطابقة لأمر التوريد وللمواصفات أو العينات المعتمدة ويتسلم أمين مخزن الاستقبال ما يتم توريده بالعدد أو الوزن أو المقاس بحضور المورد أو مندوبه ويعطى عنه إيصالاً مؤقتاً مختوماً بخاتم الجهة الإدارية موضحاً به اليوم والساعة التى تم فيها التوريد ويقرر فيه حالة الأصناف من حيث سلامتها وذلك لحين إخطار المورد بميعاد اجتماع لجنة الفحص ليتمكن من حضور إجراءات الفحص والاستلام النهائى ويجب أن يتم ذلك الإخطار فى خلال ثلاثة أيام عمل من تاريخ اليوم التالى لصدور الإيصال المؤقت وعلى أمين مخزن الاستقبال فور تسلمه الأصناف الموردة إخطار رئيس لجنة الفحص بذلك لاتخاذ اللازم .

(مادة ٩١)

يلتزم المورد بأن يقدم فاتورة الأصناف الموردة من أصل وصورتين ، وفى حالة قيامه بالتوريد بناء على طلب الجهة الإدارية إلى جهة غير الجهة المتعاقد على التوريد إليها يجب أن ترافق الفواتير مستندات تثبت قيمة مصروفات النقل الإضافية حتى يمكن رد هذه المصروفات إليه .

(مادة ٩٢)

إذا رفضت لجنة الفحص صنفاً أو أكثر من الأصناف الموردة أو وجد فيها نقص أو مخالفة للمواصفات أو العينات المعتمدة يخطر المورد بذلك كتابة بالبريد الموصى عليه بأسباب الرفض وبوجوب سحب الأصناف المرفوضة وتوريد بدلاً عنها ويجب أن يتم ذلك الإخطار فور صدور قرار اللجنة فى ذات اليوم أو اليوم التالى على الأكثر ويلتزم المورد بسحب الأصناف المرفوضة خلال سبعة أيام على الأكثر من تاريخ اليوم التالى لإخطاره - فإذا تأخر فى سحبها فيكون للجهة الإدارية الحق فى تحصيل مصروفات تخزين

بواقع (٢٪) من قيمة الأصناف عن كل أسبوع تأخير أو جزء منه لمدة أقصاها أربعة أسابيع وبعد انتهاء هذه المدة تتخذ إجراءات بيعها لحساب المورد وتخصم من الثمن ما يكون مستحقاً لها ويكون البيع وفقاً لأحكام هذه اللائحة .

(مادة ٩٣)

يصرف ثمن الأصناف الموردة فى أقرب وقت ممكن وبما لا يجاوز خمسة عشر يوم عمل تحسب من تاريخ اليوم التالى لاعتماد قرار لجنة الفحص أو لورود نتيجة الفحص الفنى حسب الأحوال .

وفى الحالات التى يتضمن فيها التعاقد أن يتم سداد الثمن مقابل استلام الأصناف - فيجب على الجهة الإدارية اتخاذ ما يلزم نحو إجراء فحص الأصناف والتحقق من مطابقتها للمواصفات المتعاقد على أساسها وذلك قبل الاستلام وسداد الثمن .

(مادة ٩٤)

إذا تأخر المورد فى توريد كل الكميات المطلوبة أو جزء منها فى الميعاد المحدد بالعقد - ويدخل فى ذلك الأصناف المرفوضة - فيجوز للسلطة المختصة إذا اقتضت المصلحة العامة إعطاءه مهلة إضافية للتوريد على أن توقع عليه غرامة تأخير عن هذه المهلة بواقع (١٪) عن كل أسبوع تأخير أو جزء من أسبوع من قيمة الكمية التى يكون قد تأخر فى توريدها وبحد أقصى (٣٪) من قيمة الأصناف المذكورة .

وفى حالة عدم قيام المورد بالتوريد فى الميعاد المحدد بالعقد أو خلال المهلة الإضافية فعلى الجهة الإدارية أن تتخذ أحد الإجراءين التاليين طبقاً لما تقرره السلطة المختصة وفقاً لما تقتضيه مصلحة العمل وذلك بعد إخطاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين بالعقد :

(أ) شراء الأصناف التى لم يقم المورد بتوريدها من غيره على حسابه بذات الشروط والمواصفات المعلن عنها والمتعاقد عليها بأحد الطرق المقررة بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات والأحكام الواردة بهذه اللائحة .

(ب) إنهاء التعاقد فيما يختص بهذه الأصناف .

وفى هاتين الحالتين يصبح التأمين النهائى من حق الجهة الإدارية ويكون لها أن تخصم ما تستحقه من غرامات وقيمة كل خسارة تلحق بها - بما فى ذلك فروق الأسعار والمصاريف الإدارية - من أية مبالغ مستحقة أو تستحق للمتعاقد لديها وفى حالة عدم كفايتها تلجأ إلى خصمها من مستحقاته لدى أية جهة إدارية أخرى أياً كان سبب الاستحقاق دون حاجة إلى اتخاذ أية إجراءات قضائية وذلك كله مع عدم الإخلال بحقها فى الرجوع عليه بما لم تتمكن من استيفائه من حقوق بالطريق الإدارى .

(مادة ٩٥)

إذا تأخر المورد عن توريد أصناف تعاقد على توريدها إلى ما بعد انتهاء السنة المالية المكلف بالتوريد فيها ، فإنه يجب إخطاره بإلغاء العقد عن الكمية الباقية وتطبق أحكام البند (ب) من المادة السابقة ما لم تقرر الجهة الإدارية حاجتها لهذه الأصناف فى السنة المالية الجديدة وبشرط سماح الاعتمادات المالية المختصة .

(*الفصل الرابع*)

استلام الأصناف

(مادة ٩٦)

يلتزم مدير المخازن طبقاً لأحكام العقد بمتابعة ورود الأصناف واستلامها وإجراءات الفحص وتسجيل الفواتير والمستندات المخزنية ومتابعة إرسال المستندات إلى الحسابات لاتخاذ إجراءات الصرف وبمراعاة أحكام هذه اللائحة .

على أنه فى حالة إخلال المورد بأى شرط من شروط التوريد فعلى مدير المخازن إخطار إدارة المشتريات فوراً بذلك لاتخاذ الإجراءات اللازمة وفقاً لأحكام هذه اللائحة .

(مادة ٩٧)

تصدر السلطة المختصة قراراً بتشكيل لجنة الفحص برئاسة مدير المخازن أو مسئول القسم المختص على أن تضم عضواً فنياً أو أكثر وعضواً عن الجهة المطلوبة لها الأصناف وأمين المخزن المختص .

ويجب أن تجتمع اللجنة خلال خمسة أيام على الأكثر من تاريخ اليوم التالى لوصول الأصناف .

على أنه بالنسبة للصفقات التى لا تزيد قيمتها على مائتى جنيه للصنف الواحد فى العقد الواحد فيجوز فحصها واستلامها بمعرفة مدير المخازن .

(مادة ٩٨)

يلتزم المورد على حسابه بإحضار العمال اللازمين لفتح الطرود وتسليمها إلى أمين المخزن أو لجنة الفحص بحضوره أو بحضور مندوبه فى الموعد المحدد وفى حالة تخلفه فيكون لمدير المخازن أو لجنة الفحص الحق فى اتخاذ الإجراءات اللازمة على حساب المورد لتسلم الأصناف وتسليمها إلى المخازن وتصحيح الفاتورة إذا اقتضى الأمر ذلك دون أن يكون للمورد حق الاعتراض .

(مادة ٩٩)

تقوم لجنة الفحص بفحص نسب مئوية مختلفة تحدد بمعرفتها وتحت مسئوليتها حسب أهمية الصنف وبحيث تكون العينة ممثلة له وتعتبر اللجنة مسئولة عن مطابقته من جميع الوجوه للمواصفات وللعينة المختومة ، وتحرر محضر الفحص (نموذج ١٢ مخازن حكومة) من أصل وصورتين تبين فيه النسب المئوية لمقادير الفحص التى فحصتها وأسماء ومواصفات ومقادير الأصناف وأسباب التوصية بالقبول أو الرفض ثم يقدم المحضر إلى السلطة المختصة للتصرف .

وفى حالة اعتماد قبول الصنف يرسل أصل محضر الفحص وفاتورة المورد وصورة أمر التوريد مع إذن الإضافة (نموذج ١ مخازن حكومة) إلى الحسابات وتحفظ صورة من محضر الفحص مع صورة الفاتورة فى ملف خاص بإدارة المخازن وترسل الصورة الثانية مع صورة إذن الإضافة إلى وحدة رقابة المخزون .

(مادة ١٠٠)

تفصل السلطة المختصة فى الخلافات التى تنشأ بين الموردين ولجان الفحص أو بين أعضاء لجنة الفحص أنفسهم ، ولها أن تسترشد فى ذلك برأى لجنة فحص أخرى أو الرجوع إلى الجهة التابع لها المندوب الفنى .

(مادة ١٠١)

عند ورود أصناف للمخازن ويكون قد سبق إرسال عينات عنها عند تقديم العطاءات للفحص بالجهات المختصة فتؤخذ عينة منها وتقسم - إن أمكن قسمتها - إلى قسمين وإلا فتختار عينتان من هذه الأصناف بحضور لجنة الفحص والمورد أو مندوبه ، ويحتفظ بإحداها لدى رئيس لجنة الفحص بعد ختمها بخاتم الجهة الإدارية وخاتم المورد ، أما العينة الأخرى فتختم بخاتم الجهة الإدارية ويوقعها عضوان من أعضاء لجنة الفحص ويعمل محضر توقعه اللجنة والمورد أو مندوبه بأن هذه العينة مطابقة للعينة المحفوظة لدى رئيس لجنة الفحص ثم ترسل إلى الجهة الفنية المختصة بعد إعطائها رقماً سرياً مع ذكر رقم وتاريخ نتيجة الفحص للعينة الأصلية للاسترشاد بها عند الفحص وعند ورود نتيجة الفحص لعينة التوريد ترفق مع مستندات الصرف .

فإذا تلفت العينة نتيجة الفحص فتتحمل الجهة الإدارية قيمتها متى كانت مطابقة للمواصفات ، أما إذا ثبت عدم مطابقتها فليس للمورد أن يطالب الجهة بقيمتها .

وإذا رفضت الأصناف الموردة الموضوع عليها اسم الجهة الإدارية فيمحى اسم الجهة منها قبل ردها للمورد .

(مادة ١٠٢)

يجب على الجهات التي تقوم بفحص الأصناف أن تبين في تقارير الفحص ما أسفر عنه عملها مقارناً بما هو مدون بالشروط والمواصفات المتعاقد على أساسها وتلتزم الجهة الإدارية بالأخذ دائما بهذه النتائج ورفض الأصناف التي لا تطابق المواصفات أو العينات المتعاقد على أساسها .

على أنه يجوز قبول الأصناف غير المطابقة إذا كانت نسبة النقص أو المخالفة لا تزيد على (٢٠٪) عما هو مطلوب بالمواصفات المتعاقد على أساسها بشرط أن تكون الحاجة ماسة لقبول الصنف أو الأصناف رغم ما بها من نقص أو مخالفة وأن يكون السعر بعد الخفض مناسباً لمثيله في السوق .

ويجب أن تقرر لجنة الفحص صلاحية الأصناف للأغراض المطلوبة من أجلها وأنه لن يترتب على قبولها ضرر بالجهة - كما تحدد اللجنة مقدار الخفض فى الثمن المقابل للنقص أو المخالفة .

ويجوز للجنة الفحص الاستعانة بفنى أو أكثر من الجهات الفنية المختصة إذا رأت ضرورة لذلك ويراعى الآتى :

١ - الأصناف التى تكون نسبة النقص فى مواصفاتها لغاية (٣٪) يكون قبولها بخصم مقدار الخفض فى الثمن الذى قدرته اللجنة .

٢ - الأصناف التى تكون نسبة النقص فى مواصفاتها أكثر من (٣٪) لغاية (١٠٪) يكون قبولها بخصم مقدار الخفض فى الثمن الذى قدرته اللجنة مضافاً إليه غرامة مقدارها (٥٠٪) من هذا المقدار .

٣ - الأصناف التى تكون نسبة النقص فى مواصفاتها أكثر من (١٠٪) لغاية (٢٠٪) يكون قبولها بخصم مقدار الخفض فى الثمن الذى قدرته اللجنة مضافا إليه غرامة مقدارها (١٠٠٪) من هذا المقدار .

على أن يكون القبول بموافقة لجنة البت والسلطة المختصة وبشرط أن يقبل المورد كتابة هذا الخصم وإلا فيرفض الصنف وتطبق أحكام هذه اللائحة .

(مادة ١٠٣)

الأصناف التى تقدم بصفة هبات غير مقيدة بشرط يعتمد قبولها من السلطة المختصة بعد تقدير ثمن لها بمعرفة لجنة ذات خبرة بهذه الأصناف وتحرير شهادة إدارية عنها ، ثم تضاف بحسابات المخازن كالأصناف المشتراة ، على أن يبين الثمن المقدر لها فى خانة الملاحظات ويكتب أمامها فى خانة الثمن " بدون مقابل " ويتبع هذا أيضاً فيما يختص بالأصناف الواردة بصفة عينات .

أما الهبات المقيدة بشروط وبالأوقاف والوصايا فيتبع بشأنها الإجراءات المذكورة بعاليه بعد اعتماد قبولها وفقاً للقواعد المنظمة لذلك .

(مادة ١٠٤)

عند ورود أصناف مباشرة من الخارج تقوم لجنة الفحص بمراجعتها على الوارد بالفاتورة بعد التأكد من سلامة الأختام والعلامات أو الصناديق الواردة بداخلها الأصناف ويحرر محضر فحص عن ذلك (نموذج ١٢ مخازن حكومة) تثبت فيه ما قد تجده من نقص أو كسر أو تلف ثم يحرر عنه محضر خاص على طلب خصم الأصناف التالفة أو المفقودة (نموذج ٩ مخازن حكومة) لا تخاذ الإجراءات اللازمة نحوه مع مراعاة المواعيد التى تحددها شركات التأمين - فى حالة التأمين على البضاعة - حفظاً لحق الجهة الإدارية فى استيفاء قيمة التأمين وإلا إلتزم به المتسبب فى فوات هذه المواعيد .

وتضاف الأصناف بالمخزن حسب الوارد بالفاتورة بغض النظر عما تجده اللجنة فيها من نقص أو كسر أو تلف .

على أن يخصم مقدار العجز أو التلف من العهدة بموجب طلب وإذن صرف (نموذج ٢ مخازن حكومة) وتجرى التسويات الحسابية اللازمة وفقاً للقواعد المالية المعمول بها .

وفى حالة تعذر فتح الصناديق وإضافتها حسب الوارد بالفاتورة لأسباب اضطرارية تقرها كتابة السلطة المختصة يتبع الآتى :

١ - تضاف تلك الصناديق بأذون إضافة مؤقتة بالحالة التى هى عليها إجمالا بعهدة موظفين مسئولين بعد ختمها بخاتم مدير المخازن بطريقة تضمن سلامة الأختام حتى يعاد فتحها .

٢ - عند استخراج أذون الإضافة المؤقتة السابق الإشارة إليها ترافق صورة منها مستندات الصرف لإمكان إزالة المبالغ السابق الخصم بها من الحساب المختص .

(الباب الثانى)

فى شراء واستئجار العقارات

(مادة ١٠٥)

يعلن عن عملية التعاقد على شراء أو استئجار العقارات مرتين فى صحيفة أو صحيفتين يوميتين واسعتى الانتشار .

ويجوز بالإضافة إلى ذلك وبموافقة السلطة المختصة أن يتم الإعلان فى غيرها من وسائل الاعلام واسعة الإنتشار وذلك حسب أهمية وقيمة موضوع التعاقد .

ويجب أن يبين فى الإعلان الجهة التى تقدم إليها العروض وموعد فتح المظاريف الفنية وثمن النسخة من كراسة الشروط والمواصفات وقيمة التأمين المؤقت وموقع ومساحة العقار المطلوب والغرض من استخدامه .

على أنه بالنسبة للجهات التى تتطلب طبيعة أنشطتها شراء أو استئجار عقارات بالخارج فيتم الإعلان عن ذلك بالطريقة المناسبة بالبلد المطلوب شراء أو استئجار العقار فيها بما يضمن الحصول على أكبر عدد ممكن من العروض .

ويجوز فى هذه الحالة بموافقة السلطة المختصة الاستثناء من شرط تقديم التأمين المؤقت .

(مادة ١٠٦)

يجب النص فى كراسة الشروط والمواصفات على أن يقدم مع كل عرض تأمين مؤقت تحدد السلطة المختصة مبلغه ضمن شروط الإعلان بما لايجاوز (١٪) من القيمة التقديرية للعملية المطروحة .

وفى حالة التعاقد على الشراء تحتجز نسبة تعادل (٥٪) من الثمن ترد إلى البائع بعد التسجيل أو مضى عام من تاريخ تسليم العقار للجهة الإدارية أيهما أبعد لمواجهة إصلاح أية عيوب قد تظهر خلال هذه المدة .

(مادة ١٠٧)

يكون تقديم العروض فى عمليات شراء أو استئجار العقارات فى مظروفين أحدهما للعرض الفنى والآخر للعرض المالى .

ويحتوى المظروف الفنى على التأمين المؤقت المطلوب بالإضافة إلى البيانات والمستندات الآتية :

١ - المستندات الدالة على الملكية التامة .

٢ - شهادة سلبية تفيد خلو العقار من أية رهون أو حجوزات أو غيرها من موانع نقل الملكية أو الاستئجار .

٣ - تقرير معتمد من مهندس استشارى يفيد سلامة العقار من كافة النواحى الإنشائية والمعمارية وصلاحيته للغرض المطلوب من أجله .

٤ - التراخيص الصادرة من الجهات المختصة بإنشاء العقار .

٥ - نسخة من الرسومات الهندسية معتمدة من مهندس إستشارى تفيد أن هذه الرسومات تطابق ما هو موجود على الطبيعة ومقدم عنه العرض .

٦ - شهادة من الإدارة الهندسية بالحى الواقع بدائرته العقار تفيد عدم وجود أية مخالفات على العقار .

٧ - بيان بمواصفات العقار المعروض وما يشتمل عليه من تجهيزات .

٨ - المدة التى يتم خلالها تسليم العقار للجهة الادارية صالحاً للاستخدام وفقاً لمتطلباتها .

ويحتوى المظروف المالى على الآتى :

١ - أسعار البيع .

٢ - فى حالة الاستئجار تحدد القيمة الإيجارية وملحقاتها التى يتحملها المستأجر .

٣ - طريقة السداد .

٤ - أية شروط مالية أخرى .

(مادة ١٠٨)

تتولى المقارنة والمفاضلة بين العروض لجنة يصدر بتشكيلها قرار من السلطة المختصة برئاسة موظف مسئول وعضوية عناصر فنية ومالية وقانونية تتناسب وظائفهم وخبراتهم مع أهمية وطبيعة موضوع التعاقد .

ويجب أن يشترك فى عضوية اللجنة من تندبه وزارة المالية لذلك وممثل لمديرية الإسكان التى يقع فى دائرتها العقار وعضو من إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة يندبه رئيسها .

(مادة ١٠٩)

تقدم العروض إلى اللجنة المشار إليها فى الموعد المحدد لفتح المظاريف الفنية وتتولى اللجنة ترقيم كل من المظروف الفنى والمظروف المالي بذات الرقم والتوقيع بجانبه ثم تبدأ فى فتح المظاريف الفنية فقط وقراءة محتوياتها على مقدمى العروض دون فتح المظاريف المالية حيث تقوم برصدها فى كشف يعد لذلك وحفظها لدى مدير إدارة المشتريات .

(مادة ١١٠)

تتولى اللجنة المشار إليها دراسة العروض من النواحى الفنية ومدى ملاءمتها لاحتياجات الجهة الإدارية .

ويجب إجراء معاينة على الطبيعة للعقارات المعروضة بمعرفة لجنة فنية للتحقق مما ورد بشأنها بالعروض والوقوف على مدى مناسبتها للأغراض المطلوبة من أجلها - وترفع هذه اللجنة تقريراً للجنة المقارنة والمفاضلة بين العروض يتضمن وصفاً فنياً للعقارات التى قامت بمعاينتها وما تشتمل عليه للاسترشاد به فى تحديد ما يتلاءم منها واحتياجات الجهة الطالبة مع ترتيبها ترتيباً تنازلياً تبعا لأفضليتها وأكثرها ملاءمة .

(مادة ١١١)

يتم فتح المظاريف المالية للعروض المقبولة فنياً فقط فى حضور أصحابها وتبدأ اللجنة فى مفاوضتهم بدءاً بأفضل العروض من الناحية الفنية ثم من يليه على الترتيب للوصول إلى أقل سعر ممكن بالنسبة لكل عرض .

(مادة ١١٢)

تتولى اللجنة إجراء المفاضلة بين العروض من الناحيتين الفنية والمالية أخذاً فى الاعتبار قيمة الأرض المقام عليها العقار وصقع الموقع والمساحة ونوع التشطيب والتجهيزات وغيرها من عناصر التميز بالنسبة لكل عقار ، ويتخذ سعر المتر أساساً للمقارنة .

على أنه إذا اقتضت الضرورة إدخال بعض التعديلات أو الأعمال الاضافية على العقار المطلوب التعاقد بشأنه طبقا لمتطلبات العمل الخاصة بالجهة الإدارية ، فيتم الاتفاق

مع صاحب العقار على تنفيذ هذه الأعمال توحيداً لمسئوليته عن سلامة العقار بالكامل ، مع الاسترشاد بأسعار السوق لمثل هذه الأعمال ومراعاة الالتزام بتعليمات الجهات الفنية المختصة بالنسبة لمثل هذه التعديلات .

وترفع اللجنة تقريراً بنتائج أعمالها للسلطة المختصة تضمنه كافة ما قامت به من إجراءات مع بيان أسباب ما تنتهى إليه من توصيات .

(مادة ١١٣)

بعد اعتماد السلطة المختصة لأعمال اللجنة تتخذ إجراءات التعاقد على نقل الملكية أو الاستئجار وفقاً للقوانين والقرارات المنظمة لذلك .

وتشكل لجنة تضم العناصر الفنية المتخصصة لإستلام العقار محل التعاقد - وعليها التأكد من مطابقته من جميع الوجوه لما تم التعاقد عليه .

(الباب الثالث)

فى بيع وتأجير العقارات والمنقولات

والترخيص بالانتفاع او باستغلال العقارات

(مادة ١١٤)

يكون بيع الأصناف الجديدة للجهات الخاضعة لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات .

ويجوز بيعها لغير هذه الجهات فى الأحوال الآتية :

١ - الأصناف التى يصرح ببيعها من السلطة المختصة .

٢ - العينات النموذجية التى تعدها الجهة الإدارية على ألا تباع إلا للذين يشترون أوراق العطاءات الخاصة بالأصناف المطلوب توريدها .

٣ - الأصناف المصرح لبعض الوحدات الإدارية بشرائها بقصد بيعها للهيئات والأفراد .

٤ - الأدوية الإسعافية والضرورية التى ترخص ببيعها وزارة الصحة لظروف خاصة .

٥ - الأمصال واللقاحات البيطرية والمواد البيولوجية المشخصة التى ترخص ببيعها وزارة الزراعة إلى الدول العربية والأجنبية .

٦ - الأصناف المعروضة بغرض البيع ببعض الوزارات والمصالح والورش .

٧ - الكتب وغيرها من المطبوعات والخرائط والنشرات المعدة للبيع .

وفيما عدا البند (١) من هذه المادة يكون البيع بدون مزايدة فى الحدود التى نص عليها قانون تنظيم المناقصات والمزايدات على أن يراعى الآتى :

(أ) - تباع الأصناف فى الحالات الواردة بالبنود (٢ ، ٣ ، ٤) بالسعر المقيدة به فى الدفاتر مع إضافة (١٠٪) مصروفات إدارية بالنسبة لما يباع منها إلى الجهات المبينة فى هذه المادة ، (٢٠٪) بالنسبة لما يباع لغيرها .

(ب) - تباع الأصناف فى الحالات المشار إليها فى البنود (٥ ، ٦ ، ٧) بالسعر الذى تحدده لجان تثمين تشكلها الجهات البائعة لهذا الغرض على أن تبين الأسس التى استندت إليها فى تحديد السعر وأن يصدر بالسعر المحدد للبيع قرار من السلطة المختصة .

(مادة ١١٥)

يصدر باتخاذ إجراءات البيع قرار من السلطة المختصة على أن يتم تحديد المسئولية فى حالة بقاء الأصناف التى يتقرر الاستغناء عنها لمدة تزيد على سنة بالمخازن من تاريخ تقرير الاستغناء دون العرض على السلطة المختصة بذلك ، تجنباً لتراكم الأصناف بالمخازن .

ويجوز الرجوع للهيئة العامة للخدمات الحكومية للاتفاق معها على قيامها بتولى إجراءات البيع نيابة عن الجهة فى حدود أحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات وهذه اللائحة .

(مادة ١١٦)

تشكل بقرار من السلطة المختصة لجنة من العاملين المختصين تقوم بتصنيف المهمات والأصناف المعروضة للبيع إلى لوطات من أصناف متجانسة وإعطاء مواصفات كافية ودقيقة لمنع أى تغيير يمكن أن يحدث فى مكونات اللوطات وإثبات هذه البيانات تفصيلياً

فى كشوف تسلم إلى رئيس لجنة التثمين . ويجب أن يراعى فى تقسيم الأصناف إلى لوطات أن يكون حجم كل لوط مناسباً بحيث يسمح باشتراك أكبر عدد من المتنافسين يحول دون قيام احتكارات .

(مادة ١١٧)

تصدر السلطة المختصة فى حالة بيع المنقولات - قراراً بتشكيل لجنة التثمين برئاسة موظف مسئول وعضوية عناصر مالية وفنية من الجهة ذاتها أو من أية جهة إدارية أخرى لها ارتباط وثيق بالأصناف المرغوب فى بيعها وأن يصحب اللجنة أمين المخزن لإرشادها إلى الأصناف المراد بيعها دون أن يشترك فى عملية التثمين .

وعلى اللجنة أن تسترشد بأسعار البيع السابقة وبالأسعار السوقية وحالة الأصناف فى تاريخ البيع وتكلفة الحصول عليها وعمرها الاستعمالى والنسب المقررة لإهلاكها وغيرها من عناصر تقدير الثمن بما يكفل تحقيق المصلحة المالية للدولة .

ويعتبر هذا التقدير ثمناً أساسياً للبيع بعد اعتماد السلطة المختصة لأعمال اللجنة ويجب مراعاة السرية التامة فيما يختص بالثمن الأساسى الذى تقدره اللجنة وتوضع تقاريرها داخل مظاريف مغلقة بطريقة محكمة ومختومة بخاتم الجهة الإدارية مع توقيع رئيس اللجنة بجواره ويرفق مع كل مظروف نسخة من محضر لجنة التصنيف ويسلم لرئيس لجنة البيع لفتحه - بعد التحقق من سلامته - بحضور لجنة البيع . وإذا تبين لرئيس لجنة البيع عدم سلامة أحد المظاريف المتضمنة الثمن الأساسى فعليه إرجاء المزايدة للأصناف المدونة فى هذا المظروف وتحرير محضر بالواقعة يرفع للسلطة المختصة لتقرير ما تراه .

(مادة ١١٨)

يجب أن ينص فى الشروط الخاصة ببيع المنقولات على ما يأتى :

١ - يدفع كل من يرغب فى الدخول فى المزايدة مبلغاً معيناً تقدره السلطة المختصة حسب أهمية اللوطات المعروضة للبيع وذلك كتأمين مؤقت ، وعليه القيام بمعاينة اللوطات التى يرغب فى المزايدة عليها ويعتبر اشتراكه فى المزايدة إقراراً منه بإتمام المعاينة التامة النافية لكل جهالة .

٢ - يجب على من يرسو عليه المزاد أن يسدد (٣٠٪) من ثمن الصفقة بمجرد رسو المزاد ، وفى حالة عدم السداد يكون التأمين المؤقت من حق الجهة الإدارية .

٣ - يجب على من رسا عليه المزاد أداء باقى الثمن خلال خمسة عشر يوماً من اليوم التالى لرسو المزاد عليه فيما عدا الحالات التى تتطلب بحسب طبيعتها أن يتم تسليم المبيع على دفعات فيتم سداد قيمة كل دفعة بالكامل قبل الموعد المحدد لاستلامها ولا تسوى نسبة الـ (٣٠٪) المشار إليها بالبند السابق إلا عند استلام آخر دفعة من المبيع على أن ينص على ذلك فى شروط المزايدة .

ويجوز بموافقة السلطة المختصة إعطاء مهلة إضافية للسداد مقدارها عشرة أيام إذا كان ذلك فى صالح الجهة الإدارية فإذا تأخر من رسا عليه المزاد عن هذه المدة تصبح المبالغ المدفوعة منه حقاً لتلك الجهة ويصبح العقد مفسوخاً دون حاجة إلى إتخاذ أية إجراءات قضائية ما لم تقرر السلطة المختصة - لمبررات تقبلها - منحه مهلة إضافية أخرى للسداد مع تحميله بمقابل تأخير يعادل سعر الفائدة المعلن من البنك المركزى فى تاريخ السداد ودون إخلال بحق الجهة الإدارية فى الرجوع على المشترى بالتعويض اللازم .

٤ - إذا تأخر من رسا عليه المزاد فى استلام الأصناف خلال عشرين يوماً من تاريخ إخطاره بالموعد المحدد لذلك فيحصل منه مصروفات تخزين بواقع (١٪) عن كل أسبوع تأخير أو جزء منه وبحد أقصى خمسة أسابيع . يحق للجهة الإدارية بعدها أن تتخذ إجراءات بيع الأصناف لحسابه فى أقرب فرصة ويكون البيع وفقاً لأحكام هذه اللائحة ، وفى هذه الحالة يحاسب على النقص فى الثمن ومصروفات التخزين المشار إليها ومصروفات إدارية بواقع (١٠٪) من ثمن البيع الجديد ولا يرد إليه أية زيادة تكون قد تحققت فى ثمن البيع .

٥ - أن الكميات والأوزان المعروضة للبيع تحت العجز والزيادة والعبره بما يسفر عنه التسليم الفعلى .

(مادة ١١٩)

تصدر السلطة المختصة قراراً بتشكيل لجنة تضم عناصر مالية وفنية تختص بوضع القيمة الأساسية فى حالة بيع وتأجير العقارات والمشروعات التى ليس لها الشخص

الاعتبارية أو الترخيص بالانتفاع أو باستغلال العقارات بما فى ذلك المنشآت السياحية والمقاصف وعلى اللجنة أن تراعى أهمية وتميز موقع محل التعاقد ومساحته وحالته وعمره وتكلفة إنشائه واستهلاكاته واسم الشهرة (إن وجد) وقيمة التجهيزات والمحتويات والعائد الذى يدره تشغيله أو استغلاله وغيرها من العناصر المؤثرة فى تحديد القيمة وذلك بما يتمشى مع طبيعة محل التعاقد بحسب الأحوال .

(مادة ١٢٠)

تحدد السلطة المختصة قيمة التأمين المؤقت لدخول المزاد بالنسبة لبيع العقارات والمشروعات التى ليس لها الشخصية الاعتبارية .

وعلى من يرسو عليه المزاد سداد (١٠٪) من القيمة الراسى بها عملية البيع فور الرسو عليه ويستكمل باقى الثمن خلال فترة لا تجاوز ثلاثة أشهر من تاريخ إخطاره باعتماد البيع .

ويجوز استثناء وبموافقة السلطة المختصة بالنسبة للعقارات والمشروعات الكبرى أن تتضمن شروط الطرح سداد باقى الثمن على دفعات يتم تحديدها وفى هذه الحالة يستحق عنها عائد يعادل سعر الفائدة المعلن من البنك المركزى وقت السداد وذلك عن المدة من تاريخ الاستحقاق وحتى تاريخ السداد مع مراعاة عدم اتخاذ إجراءات نقل الملكية إلا بعد سداد كافة مستحقات الجهة الإدارية .

على أنه فى حالة إخلال المشترى بأى شرط من شروط البيع فيكون للجهة الإدارية دون حاجة إلى إنذاره أو اللجوء للقضاء أن تفسخ العقد وتقوم باتخاذ إجراءات البيع من جديد على حسابه مع حفظ حقها فى الحصول على ما يكون مستحقاً لها من مبالغ نظير فروق الأسعار والمصروفات الإدارية والتعويضات المستحقة ولا ترد إليه أيه زيادة تكون قد تحققت فى ثمن البيع .

(مادة ١٢١)

فى حالة طرح العقارات والمشروعات للتأجير أو الترخيص بالانتفاع أو باستغلال العقارات بما فى ذلك المنشآت السياحية والمقاصف يجب على من يتقدم للمزايدة سداد

مبلغ تحدده السلطة المختصة حسب أهمية وقيمة العملية كتأمين مؤقت ، على أن يسدد من يرسو عليه المزاد ما يوازى (١٠٪) من القيمة الكلية الراسى بها المزاد عن مدة العقد بالكامل كتأمين نهائى سارى طوال مدة العقد وذلك فور رسو المزاد .

على أن تتضمن شروط الطرح طريقة سداد القيمة الإيجارية أو مقابل الانتفاع أو الاستغلال بمراعاة أن يتم السداد خلال ثلاثة أيام عمل على الأكثر من بداية المدة المحددة لدفع القيمة أو المقابل .

(مادة ١٢٢)

يعلن عن المزايدة العلنية العامة طبقًا لذات الإجراءات والحدود التى يجرى بها الإعلان عن الممارسة العامة والمبينة بهذه اللائحة ، على أن يتضمن الاعلان بالإضافة إلى ذلك تعريف موجز عن موضوع البيع(١)

وإذا كانت الجهة الإدارية متعاقدة مع خبير لعملية البيع فإنه يقوم بإجراءات الإعلان على حسابه طبقاً لشروط تعاقده مع الجهة على أن يكون من المقيدين بسجل الخبراء المثمنين وتقتصر مهمته على القيام بأعمال الدلالة فقط دون الاشتراك فى أعمال لجان التثمين .

ويراعى أن يتم التعاقد مع هذا الخبير فى حدود أحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات وهذه اللائحة .

(مادة ١٢٣)

يصدر بتشكيل لجنة البيع أو التأجير أو الترخيص فى المزايدة العلنية العامة قرار من السلطة المختصة تضم عناصر فنية ومالية وقانونية بحسب أهمية وقيمة المزايدة .

ويجب أن يشترك فى عضوية هذه اللجنة ممثل عن وزارة المالية متى بلغت قيمة المزايدة مائتين وخمسين ألف جنيه وعضو عن إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة متى بلغت القيمة خمسمائة ألف جنيه .

وعلى اللجنة أن تذكر للمتزايدين البيانات والمواصفات الكافية عن موضوع البيع أو التأجير أو الترخيص - دون ذكر الثمن الأساسى - ثم تحرر محضر بإجراءاتها تبين فيه

---

(١) استبدلت الفقرة الأولى من المادة ١٢٢ بالقرار الوزارى رقم ٢ لسنة ٢٠٠٠ - الوقائع المصرية - العدد ٨ فى ٢٠٠٠/١/١٢

قيمة التأمينات المؤقتة المؤداه من المتزايدين وما تم رده وما تم مصادرته ويتم التوقيع من جميع أعضاء اللجنة ورئيسها على المحضر .

وتعتمد قرارات وتوصيات لجنة البيع أو التأجير أو الترخيص فى المزايدة العلنية العامة من السلطة المختصة .

(مادة ١٢٤)

فى حالة إجراء البيع أو التأجير أو الترخيص بطريق المزايدة بالمظاريف المغلقة تطبق ذات الشروط والقواعد والإجراءات المنصوص عليها بهذه اللائحة بشأن الشراء بالمناقصات العامة ، وبما لا يتعارض مع طبيعة البيع أو التأجير أو الترخيص .

(مادة ١٢٥)

يكون البيع أو التأجير أو الترخيص بطريق المزايدة المحلية بقرار من السلطة المختصة وذلك فيما لا يزيد قيمته على مائتى ألف جنيه وتصدر هذه السلطة قراراً بتشكيل لجنة البيع تضم عناصر فنيه ومالية وقانونية .

ويتبع بشأن المزايدة المحلية جميع الشروط والقواعد والإجراءات الخاصة بالبيع بطريق المزايدة العلنية العامة فيما عدا الإعلان إذ يكتفى فى هذه الحالة بتوجيه الدعوة إلى أكبر عدد ممكن من المتزايدين المحليين الذين يقع نشاطهم داخل نطاق المحافظة التى يقع فى دائرتها موضوع البيع أو التأجير أو الترخيص والمقيدين بالسجل الخاص بالجهة الإدارية أو غيرهم وذلك عن طريق خطابات بالبريد الموصى عليه يتم إرسالها قبل الموعد المحدد لإجراء المزايدة بخمسة عشر يوماً على الأقل وبالإضافة إلى ذلك يتم إرسال الدعوات مع مخصوص وتسلم بموجب إيصال مؤرخ على أن تتضمن الدعوة كافة البيانات اللازمة عن موضوع المزايدة والتاريخ المحدد لإجرائها .

(مادة ١٢٦)

يكون التصرف بالبيع أو التأجير أو الترخيص بطريق الممارسة المحدودة فى الحالات المنصوص عليها بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات بقرار مسبب من السلطة المختصة والتى تصدر قراراً بتشكيل لجنة البيع بالممارسة المحدودة تضم عناصر فنية ومالية وقانونية ،

ويجب أن يشترك فى عضويتها ممثل عن وزارة المالية وعضو من إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة وذلك فى الحدود المنصوص عليها بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات .

ويسرى بشأن سداد التأمين المؤقت وسداد قيمة ما تم ترسيته بالممارسة الشروط المنصوص عليها بشأن التعاقد بطريق المزايدة العلنية العامة ، كما تسرى على البيع أو التأجير أو الترخيص بطريق الممارسة المحدودة ذات القواعد والإجراءات المنظمة للشراء بطريق الممارسة المحدودة وذلك كله بما لا يتعارض مع طبيعة البيع أو التأجير أو الترخيص .

(مادة ١٢٧)

تلغى المزايدة أو الممارسة المحدودة قبل البت فى أى منهما إذا استغنى عنها نهائياً أو اقتضت المصلحة العامة ذلك أو إذا لم تصل نتيجتها إلى الثمن أو القيمة الأساسية ، كما يجوز إلغاؤها إذا لم يتقدم سوى عرض وحيد مستوف للشروط .

ويكون الإلغاء فى الحالات المشار إليها بقرار من الوزير المختص ومن له سلطاته بناء على توصية لجنة البت أو الممارسة بحسب الأحوال .

ويجب أن يشتمل قرار الإلغاء على الأسباب التى بنى عليها .

ويتم إعادة اتخاذ إجراءات طرح العملية من جديد وفقاً للقواعد والإجراءات المنصوص عليها بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات وهذه اللائحة ، بعد إعلان قرار الإلغاء وأسبابه فى لوحة الإعلانات المخصصة لهذا الغرض على النحو المحدد بالمادة ٤٠ من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات وذلك كله ما لم يتقرر الاستغناء عن عملية البيع أو التأجير أو الترخيص بصفة نهائية .

(مادة ١٢٨)

ترد إلى المتزايدين الذين لم يرس عليهم المزاد التأمينات المؤقتة المسددة منهم بعد سحب الإيصالات الخاصة بها موقعة منهم باستلام القيمة .

(مادة ١٢٩)

يجوز فى الحالات العاجلة التى لا تحتمل إتباع إجراءات المزايدة أو الممارسة المحدودة أن يتم البيع أو التأجير أو الترخيص بطريق الاتفاق المباشر وذلك وفقاً للحدود والسلطات المنصوص عليها بالمادة ٣١ من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات .

كما يجوز وفقاً للحدود والسلطات المشار إليها أن يتم الترخيص باستغلال المقاصف الكائنة بالجهة الإدارية بطريق الاتفاق المباشر للجمعيات أو الصناديق الخاصة التى تضم العاملين بالجهة .

ويشترط فى جميع الحالات ألا تقل قيمة البيع أو التأجير أو الترخيص عن القيمة الأساسية التى قدرتها لجنة التثمين .

(مادة ١٣٠)

يكون تسليم المنقولات المبيعة بمعرفة لجنة تشكل بقرار من السلطة المختصة يرأسها موظف مسئول وعضوية أمين المخزن المختص وعضو يندبه مدير المخازن من غير أمناء المخازن بالإضافة لمن ترى السلطة المختصة أهمية ضمهم لعضوية اللجنة وعلى اللجنة مراعاة أن يكون التسليم حسب التقسيم الذى أجرته لجنة التصنيف من حيث الكمية والمواصفات وما أسفرت عنه قرارات البيع .

ويكون تسليم محل البيع أو التأجير أو الترخيص بالنسبة لغير المنقولات بمعرفة لجنة يصدر بتشكيلها قرار من السلطة المختصة برئاسة موظف مسئول وتضم فى عضويتها عناصر فنية ومالية وقانونية بحسب أهمية وطبيعة محل التسليم وعلى اللجنة أن تراعى عند التسليم التحقق من تنفيذ ما أسفرت عنه قرارات البيع أو التأجير أو الترخيص .

(مادة ١٣١)

يجب فى جميع الحالات ألا تجاوز مدة التأجير أو الترخيص ثلاث سنوات على أن يتم قبل نهاية هذه المدة اتخاذ إجراءات الطرح من جديد بإحدى الطرق المقررة قانوناً وفى حدود أحكام هذه اللائحة .

واستثناء من حكم الفقرة السابقة يجوز وفقا لمقتضيات المصلحة العامة وبالاتفاق بين وزير المالية والوزير المختص ، التأجير أو الترخيص بالانتفاع أو بالاستغلال لمدة تزيد على ثلاث سنوات ولاتجاوز خمساً وعشرين سنة ، وذلك بشرط أن يتضمن الإعلان عن المزايدة تحديد المدة.[1]

---

(١) استبدلت الفقرة الثانية من المادة ١٣١ بالقرار الوزارى رقم ٥١٣ لسنة ١٩٩٩ - الوقائع المصرية - العدد ١٠٤ تابع (أ) فى ١٩٩٩/٥/١٦

(مادة ١٣٢)

يجب على الجهة الإدارية البائعة أن تبلغ كل من مصلحة الضرائب ومصلحة الضرائب على المبيعات بجميع ما يتم التصرف فيه بأحد الطرق المقررة بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات ويجب أن يتضمن التبليغ البيانات الآتية :

١ - اسم المتعاقد ثلاثيا وصفته وعنوانه بالكامل .

٢ - رقم البطاقة الشخصية أو العائلية وتاريخ إصدارها وجهته .

٣ - رقم السجل التجارى أو الصناعى أو المهنى الخاص بالمشترى .

٤ - رقم بطاقته الضريبية .

٥ - رقم التسجيل فى مصلحة الضرائب على المبيعات .

٦ - قيمة العملية التى تم إرساؤها ونوعها .

الباب الرابع

احكام عامة

(مادة ١٣٣)

يحظر التعاقد بقصد استنفاد الاعتمادات المالية كما يحظر التعاقد فى الشهر الأخير من السنة المالية إلا فى الحالات الاستثنائية التى تقتضيها ضرورة العمل وبموافقة السلطة المختصة .

(مادة ١٣٤)

يكون التعاقد فيما بين الجهات التى تسرى عليها أحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات أو الإنابة عن بعضها وفقاً لأحكام المادة ٣٨ من ذلك القانون بموافقة السلطة المختصة فى كل من الجهتين .

(مادة ١٣٥)

تخطر الهيئة العامة للخدمات الحكومية بالقرارات التى تصدرها الجهات المعنية - بعد أخذ رأى إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة - بشطب أو إعادة قيد أسماء المتعاقدين وتتولى الهيئة نشر هذه القرارات وفقا لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات .

(مادة ١٣٦)

يحظر على العاملين بالجهات التى تسرى عليها أحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات التقدم بالذات أو بالواسطة بعطاءات أو عروض لتلك الجهات ، كما لا يجوز شراء أشياء منهم أو تكليفهم بالقيام بأعمال ، ولا يسرى ذلك على شراء الكتب من تأليفهم أو تكليفهم بالقيام بأعمال فنية كالرسم والتصوير وما يماثلها أو شراء الأعمال الفنية منهم بمراعاة توافر الشروط الآتية :

١ - أن تكون الأعمال المطلوبة ذات صلة بالأعمال المصلحية .

٢ - عدم وجود من يمكنه أداء العمل المطلوب من بين العاملين بالجهة طالبة التعاقد ممن يدخل فى نطاق أعمالهم الوظيفية .

٣ - ألا يدخل العمل المطلوب ضمن الاختصاص الوظيفى للعامل ولايعتبر امتداداً له .

٤ - ألا يشارك بأى صورة من الصور فى إجراءات قرار الشراء أو التكليف .

٥ - الحصول على الموافقة اللازمة بذلك من السلطة المختصة فيما لا يجاوز ٥٠٠٠ جنيه (خمسة آلاف جنيه) وبعد أخذ رأى الهيئة العامة للخدمات الحكومية فيما يزيد على ذلك وبالنسبة للكتب الدراسية فيكون لوزير التربية والتعليم سلطة الموافقة على شرائها طبقاً لأحكام هذه اللائحة مالم يكن العامل قد باع حق الطبع والنشر إلى مكتبة أو فرد بعقد ثابت التاريخ قبل الشراء بستة أشهر على الأقل .

وبالنسبة لشراء حق التأليف أو الطبع أو النشر فيشترط أن يكون المؤلف وثيق الصلة بأعمال الجهة الإدارية وأن تكون الحاجة ماسة إلى الحصول عليه وألا تقل النسخ اللازمة منه عن ألف نسخة - مالم يكن المؤلف قد وضع خصيصاً بناء على طلب الجهة الإدارية فيجوز عند الضرورة أن يقل العدد من ذلك - كما يشترط قيام لجنة تشكل من أخصائيين فى المادة التى تناولها المؤلف بفحص الكتاب وتقدير قيمته العلمية واقتراح المبلغ الذى تقدره مقابل هذا الشراء على أن يراعى فى تقدير القيمة عدد النسخ المطلوبة ومدة الانتفاع بهذا الحق ويصدر بهذا الشراء قرار من السلطة المختصة فيما لا يجاوز ٥٠٠٠ جنيه (خمسة آلاف جنيه) وبعد أخذ رأى الهيئة العامة للخدمات الحكومية فيما يزيد على ذلك .

ويكون شراء حق التأليف أو الترجمة أو الطبع أو النشر بالنسبة إلى الأزهر الشريف ووزارة التربية والتعليم وفقاً للقواعد التى يصدر بها قرار من رئيس مجلس الوزراء .

(مادة ١٣٧)

لا يجوز الجمع بين رئاسة اللجان المنصوص عليها بهذه اللائحة واعتماد أعمالها .

(مادة ١٣٨)

تسرى على عقود تلقى الخدمات والدراسات الاستشارية والأعمال الفنية ومقاولات النقل جميع الأحكام الواردة بهذه اللائحة بشأن شراء المنقولات ، وذلك بما لا يتعارض مع طبيعة كل من هذه العقود .

(مادة ١٣٩)

لا يجوز إضافة أو حذف أو تعديل أى شرط أو مادة فى الاشتراطات العامة أو الخاصة التى يتعين إقرارها من الجهات المختصة بمراجعة العقود بمجلس الدولة إلا بعد الرجوع إليها وموافقتها .

(مادة ١٤٠)

يجب على ممثلى وزارة المالية بالوحدات الحسابية فى الجهات الإدارية المختلفة قبل صرف مستحقات المتعاقدين مع تلك الجهات التحقق من تحصيل أو سداد جميع مستحقات الخزانة العامة من ضرائب ودمغات ورسوم جمركية وضريبة المبيعات والتأمينات الاجتماعية وغرامات التأخير وغيرها من المستحقات الواجبة السداد وفقا للقوانين والقرارات المنظمة لذلك .

(مادة ١٤١)

يتعرض المسئول عن مخالفة أحكام هذه اللائحة من العاملين بالجهات التى تسرى عليها للمساءلة التأديبية دون الإخلال بحق إقامة الدعوى المدنية أو الجنائية ضده عند الاقتضاء .

الفهـــرس

رقم الإيداع ٢٠٠٤/١٨٨٢٨
الترقيم الدولى I . S . B . N
977 - 04 - 4603 - 3